Über den Begriff des Börsentermingeschäftes.

Inauguraldissertation

der hohen Juristenfakultät der Universität Erlangen

vorgelegt

von

Fritz Obermeier,
Rechtspraktikant aus Bamberg.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Approbiert am 17. Dezember 1910.

Bamberg
W. Gärtners Buchdruckerei, Hoflief.,
1911.

126

Referent: Herr Universitätsprofessor Dr. Sehling.

Inhaltsverzeichnis.

1. Teil: Die Notwendigkeit einer Festlegung des Begriffes des Börsentermingeschäftes.

1. Kapitel: Geschichtliches. Das Fehlen einer Definition des Börsentermingeschäftes im B. G. von 1908. S. 1.

2. Kapitel: Die Bedeutung des Begriffes „Börsentermingeschäft". (Rechtslage des Börsentermingeschäftes nach geltendem Rechte.) . . . . . S. 4.

2. Teil: Die Festlegung des Begriffes des Börsentermingeschäftes.

1. Kapitel: Allgemeines; Interpretationsgrundsätze . . S. 14.

2. Kapitel: Begriff des Börsentermingeschäftes bis zum Inkrafttreten des B. G. von 1908. . . . . S. 19.

3. Kapitel: Begriff des Börsentermingeschäftes seit der Novelle von 1908 . . . . . S. 50.

Literaturverzeichnis.

Adickes: Zur Lehre von den Rechtsquellen. Cassel u. Göttingen 1872.

Adler: Zum Recht des Termingeschäftes. Arch. Bürg. R. Bd. 17 S. 132 ff.

Derselbe: Betrachtungen und Vorschläge zur Reichstagsvorlage vom 22. XI. 1907 betr. Änderung des Börsengesetzes. Goldschmidts Zeitschrift Bd. 61 S. 456 ff.

Apt, Trumpler und Weißbart: Börsengesetz. Berlin 1908.

Apt: Das Börsengesetz und seine Reform. Arch. Bürg. R. 1901 S. 211 ff.

Baron: Die Börsenenquete. 1895.

Bernstein: Das Börsenprivatrecht nach der Novelle von 1908. Goldschmidts Zeitschrift Bd. 62 S. 137 ff.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1910.

Danz: Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs. Berlin 1909.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs u. Preußens, 1905—1908.

Derselbe: Pandekten. 7. Auflage 1903.

Differenzgeschäft und Börsentermingeschäft in Gesetzgebung und Rechtsprechung. Im Auftrage des Zentralverbands des deutschen Bank- und Bankiergewerbes veröffentlicht. Berlin 1904.

Dove: Die Aussichten der Börsengesetzreform. Bank Arch. Bd. 6 S. 301.

Düringer: Zur Börsengesetznovelle. Bank Arch. Bd. 7 S. 113 ff.

Eberstadt: Terminhandel und Kassageschäft. Conrads Jahrb. für Nationalökonomie u. Statistik. 3. Folge, Bd. 35 S. 45.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.

Gierke: Deutsches Privatrecht (in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft). Leipzig 1895.

Heinemann: Ist die Legaldefinition des B. T. G. (§ 48 B. G.) eine Wesensvoraussetzung der Registereintragung? Holdheims Zeitschrift, 8. Jahrg. 1899.

Derselbe: in Holdheims Zeitschrift 9. Jahrg. S. 60. (1900).

Derselbe: Aufhebung der Legaldefinition des B. T. G. Holdheims Zeitschrift Bd. 17 S. 38. (1908).

Hemptenmacher: Börsengesetz. Berlin 1908.

v. Hodenberg: Die Differenzgeschäfte und B. T. G. in der Rechtsprechung. Heidelberg. Diss. 1909.
Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. München 1900.
Jacusiel: Der Börsenterminhandel in Wertpapieren unter dem neuen B. G. Leipziger Zeitschrift Bd. II S. 570 ff.
Jung: Der Börsenterminhandel und der dem Reichstage am 19. II. 1904 vorgelegte „Entwurf eines Ges. betr. die Änderung des Abschn. IV des B. G." Würzburg 1907. (Erl. Diss.)
Kahn: Börsengesetz. München 1909.
Derselbe: Die Börsengesetznovelle vom 8. Mai 1908. Bayr. Z. f. Rpfl. Jahrg. 4, S. 233 ff.
Knipper: Der Berliner Effektenhandel unter dem Einfluß des Reichsbörsengesetzes vom 22. Juni 1896. Leipzig 1902 (erschienen in Schmollers staats- und sozialwissenschaftl. Forschungen).
Kohler: Über die Interpretation von Gesetzen. Grünhuts Zeitschrift Bd. 13, S. 1 ff.
Kommentar zum Börsengesetz, auf Veranlassung des Zentralverbands des deutschen Bank- und Bankiergewerbes (Verbandskommentar) bearbeitet von Rehm, Trumpler, Dove, Neukamp, Schmidt-Ernsthausen und Breit. Berlin 1909.
Krug: Die Grundsätze der Gesetzesauslegung 2c. Leipzig 1848.
Laband: Die Änderung des Börsengesetzes. Bank Arch. Bd. 7, S. 81 ff.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Lescure: Le marché à terme de bourse en Allemagne. Paris 1908.
Merzbacher: Die Reform des Börsengesetzes. Recht 1908, 12. Jhrg. S. 188.
Neander Müller: Juristische Lehrmeinungen über Börsengeschäfte. Berlin 1903.
Neukamp: Die Novelle zum Börsengesetz. Bank Arch. Bd. 7, S. 209 ff.
Derselbe: Die Novelle zum Börsengesetz. Bl. f. R. A. Bd. 73, S. 593 ff.
Derselbe: Zum 10jährigen Jubiläum des B. G., ein Rückblick und Ausblick. Bank Arch. Bd. 6, S. 67 ff., 81 ff.
Nußbaum: Kommentar zum Börsengesetz. München 1909.
Pfleger: „Börsenrecht" im Handwörterbuch d. Staatswissenschaft. 1909.
Puchta: Das Gewohnheitsrecht. Erlangen 1828/1837.
Rießer: Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte. Berlin 1900.
Derselbe: Die Notwendigkeit einer Reform des Börsengesetzes. Berlin 1902.
Rümelin: Werturteile und Willensentscheidungen, in „Freiburger Universitätsreden." Freiburg i. B. 1891.

Schaffrath: Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze. Leipzig 1842.

Schweyer: Der Börsenverkehr und seine gesetzliche Regelung. Annalen des deutschen Reichs 1902.

Silberschmidt: Die Reformen des Entwurfes einer Börsennovelle. Bayreuth 1905. (Erl. Diss.)

Staub: Der Begriff des B. T. G. in § 66 B. G. Berlin 1899.

Derselbe: Kommentar zum H. G. B. 2. Bd. mit Nachtrag. Berlin 1907/1909.

Stehle: Die Rechtslage des B. T. G. nach dem Entwurfe einer Novelle vom 19. II. 1904. Borna-Leipzig 1905 (Erl. Diss.)

Thibaut: Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts. 2. Aufl. Altona 1806.

Thörl: Begriff des B. T. G. nach dem B. G. v. 22. Juni 1896. Borna-Leipzig 1908. (Leipz. Diss.)

Thorwart: Behandlung des Termin- und Differenzgeschäfts in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung. (Erl. Diss. 1908).

Trumpler: Die Differenzgeschäfte nach dem B. G. B. und dem B. G. Goldschmidts Zeitschrift 1901, Bd. 50, S. 388 ff.

Verhandlungen der Allgemeinen Deutschen Bankiertage von 1902, 1904, 1907.

Weber: Die technische Funktion des Terminhandels. D. J. Z. 1896, Jahrg. 1, S. 250.

Derselbe: Die Novelle zum Börsengesetze. D. J. Z. 1908, Jahrgang 13, S. 609.

Wildhagen: Der 3. Entwurf zur Börsengesetznovelle. D. J. Z. 1907, Jahrg. 12, S. 1273.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Zadig: Der Terminhandel und seine Behandlung durch Rechtsprechung und Gesetz. Breslau 1901.

Zitelmann: Gewohnheitsrecht und Irrtum. Arch. Ziv. Prax. Bd. 66 S. 323 ff.

I. Teil.

Die Notwendigkeit einer Festlegung des Begriffes des Börsenterminegeschäftes.

1. Kapitel.

Geschichtliches. Das Fehlen einer Definition des Börsenterminegeschäftes im B. G. von 1908.

Der plötzliche Zusammenbruch einiger bedeutender Banken infolge unsolider, übermäßiger Börsenspekulation und die dadurch bewirkte wirtschaftliche Vernichtung vieler kleiner Existenzen hatten zu Beginn der neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts in weiten Kreisen den Wunsch nach einer gesetzlichen Regelung des Börsenrechts laut werden lassen.

Die Folge hievon war der Erlaß des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896. Das Reichsgesetz hat sich im großen und ganzen vollauf bewährt und nur selten und auch da nur wenig berechtigte Angriffe erfahren.

Allerdings ist bei dieser Konstatierung der Abschnitt IV des Reichsgesetzes, der den Börsenterminhandel regeln wollte, entschieden auszunehmen; denn er hat bereits während der Beratung des Gesetzes im Parlament den heftigsten Widerspruch seitens der interessierten Fachkreise herausgefordert und ist späterhin mit Recht das Ziel allgemeiner einsetzender Angriffe geworden, deren Begründetheit schließlich auch die Regierung zu Abhilfeversuchen veranlaßte.

Den Grund für die Bekämpfung des Abschnittes IV bildete nicht so sehr die Tatsache, daß zum ersten Mal in der deutschen Rechtsgeschichte der Börsenterminhandel überhaupt grundsätzlich[1]) einem vom allgemeinen Privatrecht wesentlich

[1]) Vereinzelte Verbote von Termingeschäften kamen schon in früheren Partikularrechten vor; siehe hierüber Thorwart, Behandlung des Termin- und Differenzgeschäfts in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung.

abweichenden Sonderrecht unterstellt wurde, als vielmehr die eigenartige Ausgestaltung dieses Sonderrechts durch den Gesetzgeber von 1896 und die hier weiterbauende reichsgerichtliche Rechtsprechung.

Es war unbestritten, daß der Terminhandel eine äußerst gefährliche Spekulationsform darstellt, weil hier das Nichtvorhandensein einer sofortigen Zahlungsverpflichtung auch dem kleinen Mann die Beteiligung ermöglicht und ihn oft zunächst im unklaren läßt über die ungeheuere Größe seines Risikos, bis ihm dann dies beim Fehlschlagen seiner Spekulation in grausam deutlicher Weise zum Bewußtsein gebracht wird.

Andererseits gibt es einen wirtschaftlich notwendigen Terminhandel, der unter keinen Umständen eingedämmt werden kann, wenn anders nicht durch ein solches Vorgehen die ungünstigsten Erscheinungen auf weiten Gebieten des Wirtschaftslebens und Rückbildungen in der Technik des nationalen Handels eintreten sollen.

Beides war der Kommission zur Beratung des Börsengesetzes vollauf klar: sie wußte, daß auf keinen Fall der Terminhandel als solcher beseitigt werden dürfe, daß aber die Trennung des legitimen Zeithandels von den einzuengenden, nur in der Form des reellen Termingeschäfts sich abwickelnden Spielgeschäften für den Gesetzgeber äußerst schwierig sei. Das Gesetz hat die Scheidung richtig zu vollziehen geglaubt durch Aufstellung des Begriffs des Börsentermingeschäfts, den es in § 48 definierte.

Ein Entwurf, betreffend die Änderung des Abschn. IV des Börsengesetzes, der dem Reichstag am 19. II. 1904 vorgelegt wurde, und eine weitere, vom Reichskanzler unter dem 28. XI. 1906 eingebrachte, auf den Kommissionsberatungen über den ersten Entwurf basierende Vorlage gleichen Betreffs versuchten hieran gar nichts zu ändern. Da der erste Entwurf wegen Schlusses der Reichstagssession, der zweite wegen Auflösung des Reichstags unerledigt geblieben war, wurde dem Reichstag am 22. XI. 1907 ein neuer Entwurf vorgelegt, der

sich schon auf den ersten Blick von seinen beiden Vorgängern insofern unterscheidet, als er die Überschrift „Entwurf eines Gesetzes betr. Änderung des Börsengesetzes" trägt. Dementsprechend beschränkt sich der Entwurf nicht auf Änderungen der Bestimmungen über den Börsenterminhandel, sondern schlägt auch Vereinfachungen in der Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel vor. Immerhin treten diese letzteren Bestimmungen an Bedeutung weit zurück hinter die Vorschriften über den Börsenterminhandel, welche unter Aufhebung des Abschn. IV des Börsengesetzes von 1896 eine völlige Neuregelung dieser Materie bringen wollten und — der Entwurf ist am 8. Mai 1908 zum Gesetze geworden — gebracht haben.

Die Begriffsbestimmung des B. T. G., die im alten Gesetze an der Spitze der börsenterminrechtlichen Vorschriften gestanden und in den beiden ersten Entwürfen unangetastet geblieben war, sucht man in der auf grund des Artikels VI der Novelle erfolgten Neupublikation des Börsengesetzes vom 27. V. 1908 (Reichsgesetzblatt S. 215) vergebens. Die Novelle hat den § 48 des alten Gesetzes gestrichen.

Diese Tatsache als merkwürdig zu kennzeichnen hätte wenig Sinn, wenn beispielsweise auch hier, wie es in der Gesetzesgeschichte oft genug vorkommt, die Novelle einen in dem zu reformierenden Gesetz enthaltenen Begriff beseitigt hätte, weil sie die betreffende Materie, die man früher einem Sonderrecht unterstellt hatte, den geänderten Verhältnissen entsprechend dem allgemeinen Privatrecht unterwarf. Ebenso wie das Fehlen einer Definition des B. T. G. selbstverständlich erschiene, müßte andererseits der Versuch einer Festlegung des Begriffes im Wege wissenschaftlicher Deduktion als überflüssig und zwecklos erachtet werden, wenn mit der Bestimmung des Begriffs auch der Begriff selbst aus dem Gesetz und der auf richtige Gesetzesanwendung abzielenden Wissenschaft verschwunden wäre.

Das ist aber durchaus nicht der Fall. Auch im neuen Börsengesetz erfährt das B. T. G. eine eingehende, von all-

gemeinen Privatrecht abweichende Regelung. Sie muß, weil aus ihrem Dasein Rechtfertigung und Notwendigkeit der Begriffsfestlegung sich ergibt, kurz geschildert werden.

2. Kapitel.

Die Bedeutung des Begriffes „Börsentermingeschäft". (Rechtslage des Börsentermingeschäftes nach geltendem Rechte.)

An der im alten B. G. geschaffenen Trennung von **erlaubten** und **verbotenen** Börsentermingeschäften, von denen die ersteren wieder in vollwirksame, einseitig wirksame und unwirksame sich scheiden, während die verbotenen in die Gruppen der fakultativ verbotenen und der schlechthin verbotenen zu teilen sind, hält auch die Novelle fest. Doch weichen die rechtlichen Voraussetzungen sowohl wie die Wirkungen der Geschäfte vom früheren Rechte in vielen Punkten ab.

I. Zu den **erlaubten** Börsentermingeschäften gehören:

1. Die vollwirksamen B. T. G. Sie liegen vor, wenn die beiden Kontrahenten die Börsentermingeschäftsfähigkeit[1]) besitzen. Die Börsentermingeschäftsfähigkeit ist grundsätzlich nicht mehr vom freien Willensentschluß der Vertragsteile abhängig wie unter der Herrschaft des alten B. G., das ihnen den Eintrag ins Börsenregister und damit die subjektive Möglichkeit des Abschlusses rechtswirksamer B. T. G. auf Wunsch gegen ein Entgelt von 150 Mark gewährte; heute folgt die Börsentermingeschäftsfähigkeit unmittelbar aus dem Gesetze. Hienach sind börsentermingeschäftsfähig: im Handelsregister eingetragene Kaufleute; Kaufleute, deren Eintragung

[1]) Bernstein in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 62 S. 151 gebraucht hiefür als Synonymum den Ausdruck „Börsenmündigkeit", der dem im Text verwendeten aus sprachlichen Gründen vorzuziehen wäre, wenn er nicht bei seiner Unbestimmtheit Zweifeln über das mit ihm Bezweckte Raum ließe.

nach § 36 H. G. B. nicht erforderlich ist, und eingetragene Genossenschaften; den börsenterminge schäftsfähigen Kaufleuten sind Personen gleichgestellt, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses oder früher berufsmäßig Börsentermin- oder Bankiergeschäfte betrieben haben oder zum Besuche einer dem Handel mit Waren der bei dem Geschäfte in Frage kommenden Art oder einer dem Handel mit Wertpapieren dienenden Börse mit der Befugnis zur Teilnahme am Börsenhandel dauernd zugelassen waren und ferner solche Personen, die beim Geschäftsabschlusse im Inland weder Wohnsitz noch gewerbliche Niederlassung gehabt haben.[1]) Personen, deren Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, fehlt die Termingeschäftsfähigkeit auch dann, wenn sie ins Handelsregister eingetragen sind. Die erlaubten B. T. G. zwischen Termingeschäftsfähigen sind rechtswirksam wie jedes andere vollgültige Rechtsgeschäft: es kann aus ihnen geklagt werden, für sie können Pfandbestellungen vorgenommen oder anderweitige Sicherheiten wie Bürgschaften geleistet werden; ein Anerkenntnis solcher Geschäfte ist gültig. § 53 B. G.

2. Die unwirksamen Börsenterminge schäfte. Aus der Bestimmung des § 52 B. G.: erlaubte B. T. G. sind nur nach Maßgabe der §§ 53—56 B. G. wirksam — ergibt sich die Unwirksamkeit derjenigen B. T. G., welche jene Voraussetzungen nicht erfüllen. Die Unwirksamkeit bedeutet aber nicht schlechthin Nichtigkeit. Die unwirksamen B. T. G. erzeugen eine naturalis obligatio, deren Bedeutung darin gipfelt, daß das „auf grund des Geschäfts Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil für den Leistenden eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat" (§ 55 B. G.)[2]), und daß der Gläubiger aus solchem Geschäfte einseitig gegen Forderungen aus wirksamen (auch einseitig wirksamen) B. T. G.

[1]) Bernstein a. a. O. sagt hier kurz „Bank- und Börsenleute" bezw. „Exquilinen".

[2]) Freilich kann das als Erfüllung Geleistete unter Umständen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, z. B. bei Anfechtung wegen Irrtums, Betruges, Zwanges nach B.G.B. § 812 zurückgefordert werden.

aufrechnen darf. (§ 56 B. G.) Im übrigen wird das unwirksame B. T. G. mit Rückwirkung auf die Zeit seines Abschlusses vollwirksam, wenn der eine Teil bei oder nach Fälligkeitseintritt dem Vertragsgegner sein Einverständnis mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung erklärt und der Vertragsgegner diese Leistung bewirkt (§ 57 B. G.). Dagegen haben ausdrückliche und schriftliche Schuldanerkenntnisse ebensowenig wie der fruchtlose Ablauf einer Anfechtungsfrist die Kraft, die natürliche Verbindlichkeit in eine rechtliche Verbindlichkeit zu verwandeln. [1])

3. Die einseitig wirksamen Börsentermingeschäfte. Als solche werden B. T. G. in Wertpapieren zwischen einem Kaufmann oder einer diesen in § 53 Abs. 1 gleichgestellten Person und einem Börsentermingeschäftsunfähigen dann bezeichnet, wenn der erstgenannte Vertragsteil sich für die Erfüllung des Geschäfts eine aus Geld oder kurshabenden Papieren bestehende Sicherheit in der vorschriftsmäßigen Form hat bestellen lassen (§ 54 B. G.) [2]). Hier kann dieser Befriedigung aus der Sicherheit suchen; auch ist für ihn das Geschäft vollverbindlich (siehe Ziff. 1 oben). Dem Gegenkontrahenten erwächst dagegen aus solchem Geschäfte keine selbständige Haftung; für ihn ist die Rechtslage von gleicher Art wie in den unter Ziffer 2 oben geschilderten Fällen nur mit der Modifikation, daß praktisch, wenn auch nicht rechtlich [3]), bei der unmittelbaren Haftung der

[1]) Dieser Standpunkt des Gesetzes wird von Laband: Bankarchiv VII 85, Rießer: Bankarchiv VII 117, Thorwart: Holdheims M. Schr. XVII 6 und Bernstein a. a. O. Seite 162 mißbilligt. Das mit Recht deshalb, weil so das Gesetz die Misere heraufbeschwört, daß noch nach vielen Jahren über die Verbindlichkeit eines B. T. G. prozessiert werden kann.

[2]) Dagegen sind B. T. G. einer in § 53 Abs. 2 bezeichneten Person mit einem Börsentermingeschäftsunfähigen beiderseits unverbindlich nach Maßgabe der unter Ziff. 2 oben angegebenen Gesichtspunkte.

[3]) Daß auf Seite des Sicherheitsbestellers auch in Höhe der Sicherheit keine Verbindlichkeit besteht, hat zur Folge, daß er u. U. den Einwand aus B. G. B. §§ 762, 764 erheben kann, praktisch allerdings ohne Erfolg, weil dem Sicherheitsempfänger nach § 58 Satz 2 B. G. auch bei Begründetheit des Einwandes die Sicherheit haftet.

Sicherheit die natürliche Verbindlichkeit in Höhe der Sicherheit[1]) zur Vollverbindlichkeit erstarkt.

II. Die **verbotenen** Börsentermingeschäfte.

1. Die fakultativ verbotenen B. T. G. umfassen diejenigen Geschäfte, welche nach dem Gesetz geduldet werden können, aber von dem zur Entscheidung über ihre Zulässigkeit ermächtigten Bundesrat nicht geduldet werden. [2]) Hieher gehören:

a. Die B. T. G. in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen; denn diese gelten mangels ausdrücklicher Bundesratsgenehmigung als verboten. (§ 63 Abs. 1 B. G.)

b. B. T. G., die abgeschlossen werden, einem ausdrücklichen Verbot des Bundesrats zuwider oder entgegen den Bedingungen, von deren Beobachtung der Bundesrat die Zulässigkeit solcher Geschäfte abhängig gemacht hatte. (§ 63 Abs. 2 B. G.)

Derartige Geschäfte begründen keine Verbindlichkeit. (§ 64 Abs. 1 B. G.) Jedoch findet eine Rückforderung des auf grund des Geschäfts Geleisteten wegen Nichtbestehens der Verbindlichkeit nicht statt. (§ 64 Abs. 2 B. G.) Insoweit nur liegt eine naturalis obligatio vor; einseitige Aufrechnung, rechtswirksame Sicherheitsstellung, wie sie § 54 bei einseitig wirksamen B. T. G. (siehe oben I Ziff. 3) vorsieht, Heilung der Unwirksamkeit durch effektive Leistung, wie sie § 57 bei erlaubten B. T. G. unter Termingeschäftsunfähigen gestattet (siehe oben I Ziff. 2), sind ausgeschlossen.

2. B. T. G. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei sind schlechthin verboten. (§§ 65, 66 B. G.) D. h. das aus dem Gesetz sich ergebende Verbot kann durch einen anderen Faktor weder beseitigt noch überhaupt nur abgeschwächt werden. Diese Geschäfte begründen nicht nur keine zivile, sondern nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit. Das zur Erfüllung des Geschäfts Geleistete kann binnen 2 Jahren

[1]) Wenn die Sicherheit die Forderung übersteigt, natürlich nur in Höhe der Forderung.

[2]) So treffend Bernstein a. a. O. Seite 173.

seit der Leistung zurückgefordert werden, wenn dem Leistenden zur Leistungszeit seine Nichtverpflichtung aus dem Geschäft unbekannt war.[1]) (§ 814 B. G. B.) Erklärt dagegen in diesem Falle der Rückforderungsberechtigte während der zweijährigen Frist dem Verpflichteten gegenüber schriftlich, daß er Rückgewähr verlange, so verjährt der Rückforderungsanspruch erst nach 30 Jahren seit Bewirkung der Leistung. (§ 195 B. G. B.)

Zeitgeschäfte in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei eximiert das Gesetz von den privat- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen für Börsenterningeschäfte, wenn sie nach Bedingungen, die der Bundesrat genehmigt hat und die ihrerseits wieder den in B. G. § 67 Abs. 2, Ziffer 1—3 gesetzten Vorschriften entsprechen, geschlossen werden und wenn als Kontrahenten die in § 67 Absatz 1, Ziffer 1 und 2 genannten Personen beteiligt sind.

Andererseits gilt ein Vertrag auf Lieferung von Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei als verbotenes B. T. G., sofern er sich nach der Absicht beider Teile oder nach der dem einen Teil erkennbaren Absicht des anderen Teils als ein reines Differenzgeschäft darstellt. Dabei kommt nichts darauf an, ob der Vertrag an sich als B. T. G. zu qualifizieren wäre oder nicht. (§ 68.) Auch ein Geschäft, das äußerlich alle Voraussetzungen des § 67 erfüllt, kann unter § 68 fallen, dann nämlich, wenn es die Voraussetzungen des § 67 nur äußerlich erfüllt.

Mit der Feststellung der Zugehörigkeit eines B. T. G. z. B. zur Gruppe der erlaubten und zwar der vollwirksamen B T. G. ist über seine rechtliche Behandlung noch nicht in allen Punkten das letzte Wort gesprochen. Denn neben

[1]) Der sofortige Verlust des Rückforderungsrechtes bei Kenntnis des Leistenden von der Geschäftsnichtigkeit zur Leistungszeit wird auch im Verbandskommentar zu § 66 Anm. 5 und von Bernstein a. a. O. S. 175 angenommen. A. M. Kahn, Börsengesetz, zu § 66 Bem. 3 mit der Begründung, daß den der lex specialis entspringenden Ansprüchen keine Einwendung aus § 814 entgegengesetzt werden könnte.

der erörterten Zweiteilung läuft gleichsam als Unterströmung eine weitere, börsenverwaltungs- wie zivilrechtlich bedeutsame Unterscheidung in **offizielle** (zugelassene) und **inoffizielle** (nicht zugelassene) B. T. G.

Offizielle B. T. G. sind solche, welche in den vom Börsen-Vorstand zum Börsenterminhandel zugelassenen Waren oder Wertpapieren nach den vom Börsenvorstand für einen derartigen Handel festgesetzten Geschäftsbedingungen abgeschlossen werden. Die Zulassung kann jedoch nur dann erfolgen, wenn die in § 50 B. G. statuierten Voraussetzungen vorliegen. Hienach sind vor der Zulassung die Geschäftsbedingungen für den Börsenterminhandel in den zuzulassenden Gegenständen festzusetzen. Weiterhin kann nur dann, wenn bereits die Börsenordnung einen Börsenterminhandel in Waren oder Wertpapieren im allgemeinen vorsieht, eine Zulassung bestimmter Gegenstände zum Börsenterminhandel stattfinden.[1])

Hat der Börsenvorstand den bestehenden Vorschriften zuwider Gegenstände zum Börsenterminhandel zugelassen, so kann die Börsenaufsichtsbehörde die Rücknahme der Zulassung durch den Börsenvorstand veranlassen, oder selbst aussprechen.[2]) Ob der Börsenvorstand von seiner Befugnis, bestimmte Waren oder Wertpapiere zum Börsenterminhandel zuzulassen, Gebrauch machen will, ist Sache seiner freien Entschließung. Es gibt keinen Anspruch auf Zulassung.

Es ist ohne weiteres klar, daß die verbotenen B. T. G., die fakultativ wie die schlechthin verbotenen, immer inoffiziell sind. Denn bei richtiger Gesetzesanwendung kann ihre Zulassung überhaupt nicht in Frage kommen; und sollte sie versehentlich wirklich einmal erfolgt sein und aufrecht erhalten bleiben, da sich die zuständigen Organe der Ungesetzlichkeit des Vorgangs nicht bewußt sind, so würde gleichwohl die Zulassung das verbotene Geschäft zu einem offiziellen nicht stempeln

[1]) Siehe im einzelnen B. G. B. § 50 und die Erläuterungen der Kommentare hinzu.

[2]) So Verbandskommentar zu § 50 Anm. 14.

können, weil nicht die Zulassung allein, sondern erst in Verbindung mit der sie rechtswirksam machenden Börsenordnung dem Geschäfte den Charakter eines offiziellen B. T. G. verleiht. Daß aber auch die Börsenordnung, welche nach § 4 von der Landesregierung zu genehmigen ist, jemals, wenn auch irrtümlicherweise, verbotenen B. T. G. die Handhabe dazu böte, sich die Unnahbarkeit der offiziellen B. T. G. zu sichern, liegt außer dem Bereich der Möglichkeit.

Für offizielle B. T. G. können die Börseneinrichtungen benützt werden, ihre Vermittelung durch die Kursmakler und die Preisveröffentlichung durch Kurszettel sind zulässig. Dagegen ist dies alles bei den verbotenen und denjenigen inoffiziellen B. T. G., deren Zulassung der Börsenvorstand endgültig verweigert oder deren erfolgte Zulassung er zurückgenommen hat, kraft Gesetzes ausgeschlossen, bei inoffiziellen B. T. G., die in den zum Börsenterminhandel zugelassenen Gegenständen nach anderen als vom Börsenvorstand festgesetzten Bedingungen geschlossen werden, und bei erlaubten B. T. G, deren Zulassung nicht nachgesucht wurde, erst von dem Zeitpunkte an, wo der Börsenvorstand Entsprechendes anordnet. (§ 51). Den Ausschluß dieser Geschäfte von der Benutzung der Börseneinrichtungen u. s. w. zu verfügen, ist der Börsenvorstand verpflichtet, sobald er von einem solchen freien Terminhandel erfährt; wenn Verhandlungen über die Zulassung zum Börsenterminhandel schweben, darf er den Erlaß der Anordnung auf höchstens ein Jahr sistieren.

Unzweifelhaft wirkt die Verdrängung der inoffiziellen B. T. G. von den verkehrserleichternden Börseneinrichtungen ungünstig auf die Weiterentwickelung des inoffiziellen Terminhandels. Allein hierin erschöpfen sich die Nachteile der inoffiziellen B. T. G. den offiziellen gegenüber noch nicht. Vom Standpunkte des reinen Börsenprivatrechts aus ist es allerdings völlig gleichgültig, ob ein B. T. G. der Gruppe der offiziellen oder inoffiziellen Geschäfte angehört: es kann ein offizielles Geschäft unwirksam sein, nämlich wenn die Vertragsteile die Börsen-

termingeschäftsfähigkeit nicht besitzen, ebenso wie umgekehrt ein inoffizielles Geschäft zwischen Börsenterminschäftsfähigen eine volle Verbindlichkeit erzeugt.

Aber für die Frage der Möglichkeit des Spiel- und Differenzeinwandes nach B.G.B. §§ 762, 764 ist die Entscheidung, ob ein offizielles oder inoffizielles Geschäft vorliegt, ausschlaggebend[1]). An sich könnte jedes B.T.G., auch wenn und soweit es nach Börsenrecht verpflichtet, unter Umständen sehr wohl begründetermaßen aus §§ 762, 764 angegriffen werden. Soweit offizielle B.T.G. eine börsenrechtliche Verbindlichkeit begründen, schließt jedoch § 58 Satz 1 B.G. diese Möglichkeit von vorneherein aus, von der richtigen Erwägung geleitet, daß Geschäften, welche die vom Gesetz geforderten Garantien erfüllen und vom Börsenvorstande der Zulassung zum Börsenterminhandel gewürdigt worden sind, völlige Rechtssicherheit gewährt werden muß. Der Wortlaut des § 58 Satz 1 könnte glauben machen, daß die Zulassung zum Börsenterminhandel den Ausschluß des Spiel- und Differenzeinwandes begründe, selbst wenn das Geschäft unter anderen als den festgesetzten Bedingungen geschlossen worden sei. Durch den ausdrücklichen Hinweis auf § 50 B.G. und bei dem Umstande, daß eben eine Zulassung erst *nach* Festsetzung der Geschäftsbedingungen erfolgen darf, ist jedoch klar dargetan, daß § 58 Satz 1 außer der Zulassung die Befolgung der allgemeinen Geschäftsbedingungen voraussetzt. — Bezüglich der Wirksamkeit der B.T.G. ist auf das unter I Gesagte zu verweisen.

Derjenige, für den ein offizielles B.T.G. verbindlich ist, kann, soweit seine Verbindlichkeit reicht, der gegen ihn gerichteten Klage nicht mit dem Einwand begegnen, das eingegangene Geschäft sei ein Spiel- oder Differenzgeschäft. Also kann bei offiziellen B.T.G. zwischen Börsenterminschäftsfähigen oder zwischen Börsenterminschäftsunfähigen im Fall der Effektiv-

[1]) Über den Spiel- und Differenzeinwand und den Grundsatz von „Treu und Glauben" vgl. insbesondere Danz: „Die Grundsätze von Treu und Glauben u. s. w." § 10.

leistung nach § 57 G. B. der Spiel- und Differenzeinwand überhaupt nicht erhoben werden, bei offiziellen B. T. G. nach § 54 kann ihn nur der Sicherheitsempfänger nicht bringen.[1]) Darnach könnte aber bei offiziellen B. T. G. im Falle des § 54 der Sicherheitleistende, weil er aus dem Geschäfte nicht persönlich haftet, die Rückgabe der Sicherheit auf grund der §§ 762, 764 erstreiten: ebenso würde unter Umständen einen für B. T. G. Haftenden der Einwand aus §§ 762, 764 an der Aufrechnung auf grund offizieller B. T. G, die für ihn keinen Anspruch nach B. G. § 52—54 erzeugen, verhindern. Das widerspräche aber dem allgemeinen Rechtsempfinden durchaus: denn bei glücklicher Spekulation entsprängen für den Sicherheitleistenden unangreifbare Forderungen gegen den Bankier, bei mißlungener Spekulation könnte er durch Erhebung des Spiel- und Differenzeinwandes jede Schädigung seines Vermögens hintanhalten; also nur Aussicht auf Gewinn ohne irgend welches Risiko; im zweiten Falle könnte der Gläubiger den Gewinn aus einem für den Schuldner wirksamen B. T. G. einstreichen, ohne sich die dem Schuldner aus offiziellen, ihm gegenüber unwirksamen B. T. G. gebührenden Gewinne abziehen lassen zu müssen. Hier greift B. G. § 58 Satz 2 ein, der dem Einwand aus §§ 762, 764 in beiden Richtungen jegliche Wirkung abspricht.

Bei inoffiziellen B. T G. kann der Spiel- und Differenzeinwand im vollen Umfange geltend gemacht werden Ihm gegenüber findet auch keine Aufrechnung und keine Befriedigung aus der Sicherheit statt. Das geht per argum. e contr. aus dem Wortlaut des § 58 hervor, der nur über den Differenzeinwand bei offiziellen Geschäften handelt. [2])

[1]) Natürlich immer nur, wenn die Voraussetzungen der §§ 762, 764 B. G. B. vorliegen.

[2]) So insbesondere Staub, Nachtrag Anm. 29, wogegen Hemptenmacher, B. G. zu § 58 Bem. 3 annimmt, daß auch bei inoffiziellen B. T. G. der Spiel- und Differenzeinwand der Befriedigung aus der Sicherheit und der Zulässigkeit der Aufrechnung nach §§ 54, 56 nicht entgegensteht.

Ob ein Geschäft sich als B. T. G. darstellt, ist übrigens auch auf dem Gebiete des Börsendisziplinarrechts und des Kriminalrechts von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Um dem Verbot der B. T. G. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei die bezweckte Beachtung zu verschaffen, belegt das Gesetz denjenigen, der dem Verbot vorsätzlich zuwiderhandelt, mit einer Ordnungsstrafe bis zur Höchsthöhe von 10000 M. [1]) Auch kann das Börsenehrengericht die Zuwiderhandlung mit Verweis und zeitweiligem oder dauerndem Ausschluß von der Börse ahnden. (§ 87 B. G.)

Die Zuwiderhandlung wird nach B. G. § 91 kriminell strafbar, wenn der Abschluß verbotener B. T. G. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei gewerbsmäßig betrieben wird, wenn der zur Aburteilung stehenden Übertretung des Verbots bereits zwei Zuwiderhandlungen vorausgingen, derentwegen Ordnungsstrafen nach § 71 B. G. rechtskräftig erkannt sind und wenn die zweite Übertretung nach Rechtskraft des ersten Strafausspruches geschah.

Wer mit verbotenen B. T. G. in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei eine künstliche Änderung der Konjunktur in gewinnsüchtiger Absicht erstrebt, macht sich nach § 92 strafbar.

Für die Strafen ist die Obergrenze sehr hoch angesetzt; sie beträgt 5 Jahre Gefängnis kumuliert mit einer Geldstrafe von 10000 Mark.

Auch die Nichtbeachtung des für die B. T. G. des § 51 Abs. 2 B. G. bestehenden Kurszettelverbotes wird strafrechtlich verfolgt.

---

[1]) Das Ordnungsstrafverfahren ist in den §§ 71—86 in extenso geregelt. Weiter für Preußen: Bestimmungen über das Ordnungsstrafverfahren wegen verbotenen Börsenterminhandels v. 13. VI. 1908 im Ministerialblatt der Handels- und Gewerbeverwaltung Jahrg. 1908 S. 215 ff.

II. Teil.

Die Festlegung des Begriffes des Börsentermingeschäftes.

1. Kapitel.
Allgemeines, Interpretationsgrundsätze.

Selbst in einer Zeit, wo die Gegensätze Begriffs- und Zweckjurisprudenz mit Wucht aufeinanderprallen, braucht ein Versuch der Feststellung des Begriffs der B. T. G. einen Angriff aus dem Lager der Zweckjuristen nicht zu fürchten. Denn es wäre irrtümlich, zu glauben, daß die neue Richtung ihr Kampfgeschrei erhebt, sobald sie nur von Rechtsbegriffen reden hört. Sie bekämpft nur die Begriffsbildung zu rein konstruktiven Zwecken. Hier handelt es sich jedoch um einen bereits vorhandenen Begriff, dessen verborgener Inhalt zu ermitteln ist, um einen Begriff von der allerrealsten und der einschneidensten Bedeutung. Mit der Charakterisierung eines Geschäfts als B. T. G. ist über seine Zulässigkeit oder Strafbarkeit, über seine unbeschränkte oder beschränkte Wirksamkeit oder seine Unwirksamkeit, über seine Zulassung zur Börse oder seinen Ausschluß von den Börseneinrichtungen entschieden.

Gleichwohl die Beseitigung der alten Legaldefinition ohne Schaffung einer neuen.

Und die Literatur, die unter der Herrschaft des alten Gesetzes unermüdlich gegen die extensive Interpretation des Begriffs des B. T. G. seitens des Reichsgerichts ankämpfend, ins Unübersehbare gewachsen war, begnügt sich heute — von wenigen Ausnahmen abgesehen — damit, den nunmehrigen Zustand zu bemäkeln, ohne aber näher darauf einzugehen, welcher Kreis von Geschäften der Neuregelung untersteht. Der Grund hiefür

liegt wohl in der Kürze der Geltung des neuen Rechts und mehr noch in der Schwierigkeit eines Eindringens in die Gedanken des Börsengesetzes von 1908, das, unter der Blockära entstanden, einer klaren Tendenz entbehrt, vielmehr ein folgerichtiger Auslegung nahezu unzugängliches Kompromißgesetz darstellt. [1])

Daß das Gesetz Begriffe, deren es sich bedient, nicht definiert, ist an sich keine Seltenheit; es kommt dies sogar viel häufiger vor, als der Fall, daß das Gesetz unmittelbar eine Begriffsbestimmung gibt. Damit entzieht es sich ja noch nicht schlechthin die Möglichkeit zu bestimmen, was unter den verwerteten Begriffen verstanden werden soll. Oft wird nur die lehrsatzähnliche Definition eines Geschäftes vermieden; die Umgrenzung geht aber mittelbar aus dem Gesetze hervor, das die einzelnen Rechten und Pflichten der Kontrahenten angibt, die der Geschäftsabschluß auslöst. Die geschilderte Art mittelbarer Begriffsbestimmung ist z. B. im B. G. B. reichlich verwendet. Es wird nicht gesagt: Kauf liegt vor, wenn . . . . , Miete ist ein Vertrag, der darin besteht, daß . . . . , sondern: durch den Kauf oder die Miete wird der eine Vertragsteil zu dem, der andere zu jenem verpflichtet. (B. G. B. §§ 433, 535). — Die Anwendung dieser Methode läßt den Gesetzgeber durch prägnante Kürze dasselbe erreichen, was auf viel umständlicherem Wege zu geschehen hätte, wenn man den Leitsatz aufstellte, daß die vom Gesetze verwerteten Vertragstypen im Gesetz unmittelbar definiert sein müssen. Übrigens müßte man konsequenter Weise den Satz auf alle Begriffe ausdehnen; das würde aber dazu führen, daß der Gesetzgeber nichts als gegeben hinnehmen könnte; das Gesetz würde unendlich, weil jede Interpretation aufs Neue authentisch zu interpretieren wäre.

Welche von den beiden Methoden im Einzelfalle befolgt

---

[1]) Vgl. Vorwort zu Staub, Nachtrag: Ohne Übertreibung kann man behaupten, daß kaum eines der modernen Gesetze dem Eindringen in seinen Geist so große Schwierigkeiten bietet, wie gerade die Börsengesetznovelle.

wird, mag vielleicht vom Standpunkte der Gesetzestechnik von Bedeutung sein, für die Gesetzesanwendung ist es einerlei: immer weiß der hiezu Berufene, was das Gesetz unter seine Begriffe faßt, weil dieses ja selbst in dieser oder jener Form es kundgibt.

Freilich gibt es auch Fälle, in denen das Gesetz Begriffe gebraucht, ohne auch nur einen Richtpunkt aufzustellen, von welchem aus sich der mit dem Begriff verbundene Inhalt ergibt. So sagt B. G. B. § 762: durch das Spiel wird keine Verbindlichkeit begründet; die essentialia negotii werden in keiner Weise gesetzlich fixiert; was Spiel ist, kann dem Gesetze nicht entnommen werden; dies ist aus anderen Quellen zu schöpfen. — Das Strafgesetz normiert in § 185 die Strafälligkeit desjenigen, der eine Beleidigung begeht; was es unter Beleidigung versteht, wird nicht gesagt. Allerdings unterläßt das Gesetz Andeutungen über die Tragweite seiner Begriffe gewöhnlich nur dann, wenn die Begriffe bereits Gemeingut des Volkes geworden sind, nicht, wenn es sich um Neuprägungen handelt.

Eine Definition des B. T. G. kann aus dem Börsengesetz auch nicht mittelbar herausgelesen werden. Immer nur spricht das Gesetz von den Voraussetzungen, unter denen ein B. T. G. als erlaubt oder verboten, als nichtig, halbgültig oder vollgültig, als offiziell oder inoffiziell zu erachten ist. Dafür, wie denn ein Geschäft gestaltet sein müsse, um überhaupt den für B. T. G. gesetzten Bestimmungen zu unterliegen, gibt es keinerlei Aufschluß.

Welcher Begriff des B. T. G. dem Gesetze von 1908 zugrunde liegt, ist mit Hilfe der allgemeinen Interpretationsgrundsätze unter steter Berücksichtigung des konkreten Falles, der historischen Entwicklung des deutschen Rechtes der B. T. G., zu ermitteln. Die Worterklärung, die naturgemäß den ersten Anhalt zur Ergründung des einem Begriffe zukommenden Sinnes gibt, bringt dem zu erstrebenden Ziele nur wenig näher. Sie sagt nur, daß ein B. T. G. ein Börsengeschäft

sowohl wie ein Termingeschäft darstellt. Für den mit diesen beiden Begriffen weiterhin verbundenen Inhalt läßt sich vom Gesichtspunkte der Worterklärung aus ein sicherer Schluß nicht ziehen. Das Wort Börse[1]) bezeichnet gar vielerlei; insbesondere die Börsenzusammenkunft als Organisation, die Börse als Raum, welcher der Zusammenkunft dient, die Gesamtheit der an der Börsenzusammenkunft Teilnehmenden. Welche der verschiedenen Bedeutungen des Wortes „Börse" im gegebenen Falle zutrifft, kann die Worterklärung nicht entscheiden. — Ein Termingeschäft ist sicher ein Zeitgeschäft. Ob aber damit der Begriff des Termingeschäftes sich erschöpft, ob nicht vielmehr der Begriff nur die Unterart der Fixgeschäfte trifft, ist eine weitere durch die Worterklärung nicht lösbare Frage.

Die Zerlegung des Wortes B. T. G. in seine Bestandteile ergibt hienach nur: B. T. G. ist ein Zeitgeschäft, das mit der Börse in irgend welchen (erst zu eruierenden) Beziehungen steht.

Mit diesem Satze ist wenigstens der Spielraum abgegrenzt, welcher der Auslegung gesteckt ist. Innerhalb des darin aufgestellten Rahmens muß der Begriff des B. T. G. liegen.[2]) Um aus den vielen, nach dem Wortlaute möglichen Begriffen den richtigen herauszufinden, bedarf es nunmehr der Heranziehung aller anderen verwertbaren Auslegungsmomente.

Manche früheren Rechte nahmen dem Richter die Möglichkeit die Gesetze auszulegen und wiesen diese bedeutsame Aufgabe einzelnen Hervorragenden zu. Justinian erklärte sich allein als Gesetzgeber für zuständig zur Interpretation seiner Gesetze.[3]) Artikel 18 des Publikationspatentes zum A. L. R.

[1]) Über die Bedeutungen des Wortes „Börse" s. Verbandskommentar, Einl. Anm. 4 ff.

[2]) Vgl. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. A., Bd. I § 24 Anm. 3 S. 53: die logische Interpretation darf nie ein vom möglichen Wortsinne ganz verschiedenes Resultat aufstellen, wenn sie juristisch beachtet werden will.

[3]) constitutio Tanta § 21.

veranlaßte den Richter bei Zweifeln über eine Gesetzesstelle zur Einholung des Rates der Gesetzeskommission. [1]) Der Gedanke der Schaffung einer für die Gesetzesauslegung allein zuständigen Stelle taucht übrigens auch heute wieder auf: von Manchen wird als Mittel zur Entlastung des Reichsgerichts ein besonderes Reichsamt für Gesetzesauslegung mit ausschließlicher Zuständigkeit gefordert. Das geltende Recht kennt jedoch — glücklicherweise kann man bei den Mißerfolgen, welche die früheren in dieser Richtung sich bewegenden Bestrebungen gehabt haben, wohl sagen — keine persönliche Begrenzung der Auslegung.

Auch darüber, was und wie auszulegen ist, schweigt es sich aus und eröffnet so der Wissenschaft ein weites Tätigkeitsfeld.

Wenn ein neues Gesetz die in dem alten enthaltene Begriffsbestimmung nicht wiederholt, so kann das seinen Grund darin haben, daß der Begriff dem Volke infolge seiner langen derzeitigen Geltung ganz geläufig, selbstverständlich und natürlich geworden ist; daß also seine Erneuerung als ein überflüssiges Beginnen erachtet werden müßte. Diese Möglichkeit verdichtet sich zur Wahrscheinlichkeit und Gewißheit, wenn keine stichhaltigen Gegengründe für die Annahme eines anderen Begriffs durch das Gesetz sprechen. Das Reichsgericht hat dies klar zum Ausdruck gebracht in seiner Entscheidung Band VII S. 352: Bei Auslegung neuerer Gesetze ist im Zweifel anzunehmen, man habe sich den bestehenden Rechtsbildungen anschließen, nicht aber, man habe sich von denselben entfernen und etwas abweichendes bestimmen wollen. — Übrigens der gleiche Gedanke, den der römische Jurist in seinem Satze niedergelegt hat: non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur . . . Sed et posteriores leges ad priores pertinent (1 26 – 28 D 1, 3).

Angewandt auf das Thema ist konkret zu sagen: *Sofern nicht andere Momente dagegen sprechen,*

[1]) Durch Kabinetsorder vom 8. III. 1798 wurde diese Bestimmung bereits wieder beseitigt.

wird als B. T. G. jedes Geschäft angesehen werden müssen, welches nach dem bis zum Inkrafttreten des Gesetzes von 1908 geltenden Recht ein B. T. G. war.

Darnach ist zunächst der Begriff des B. T. G. nach bisherigem Rechte zu erforschen, dann zu prüfen, ob der Übernahme dieses Begriffes in das neue Gesetz nicht gewichtige Bedenken entgegenstehen; bejahenden Falls wird eine modifizierte Anwendung des erörterten Auslegungsgrundsatzes zur richtigen Festlegung des Begriffes des B. T. G nach neuem Rechte zu führen haben.

2. Kapitel.

Begriff des Börsentermingeschäftes bis zum Inkrafttreten des B. G. von 1908.

§ 48 des alten B. G. definierte als B. T. G. „Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzt sind und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt."

Hienach sind für den Begriff des B. T. G. folgende Merkmale wesentlich:

1. Es können nur Fixkäufe in Frage kommen. Die im Anschlusse an Tarif-Nummer 4a des Reichsstempel-Ges. vom 27. IV. 1894 (Neue Fassung v. 3. VI. 1906) gebrauchten Worte „Kauf- und Anschaffungsgeschäfte" müssen in diesem Sinne berichtigt werden, da die Erstreckung auf sonstige Anschaffungsgeschäfte mangels deren Existenz jeder praktischen Bedeutung entbehrt. Das Kaufgeschäft soll sich weiterhin nach der übereinstimmenden Ansicht der Autoren als ein Handels-

fixkauf[1]) darstellen, d.h. als ein mit Fixcharakter ausgestatteter Kauf über Waren oder Wertpapiere zwischen Personen, von denen mindestens eine die Kaufmannseigenschaft besitzt. Die begriffliche Einschränkung der B. T. G. des § 48 auf Handelsfixkäufe erscheint jedoch durch nichts gerechtfertigt. Das Gesetz erklärt klipp und klar: die Eintragung im Börsenregister kann jedermann gegen Zahlung der Gebühr beanspruchen und durch die Eintragung wird die Börsenterminegeschäftsfähigkeit erworben. Damit ist anerkannt, daß auch zwischen Nichtkaufleuten B. T. G. abgeschlossen werden können. Ob Handelskauf oder bürgerlicher Kauf vorliegt, soll für den Begriff des B. T. G. gleichgültig sein. Auch wenn in praxi B. T. G. unter Nichtkaufleuten nicht vorkämen, vielmehr durchweg die B. T. G. entweder nur zwischen Kaufleuten oder zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann geschlossen würden und sich damit als Handelskäufe qualifizierten, so ginge es um deswillen noch lange nicht an, die B. T. G. *begrifflich* auf Handelskaufgeschäfte einzuschränken. Sonst könnten z. B. diejenigen, welche die Existenz von reinen Differenzgeschäften nach B. G. B. § 764 verneinen, mit den gleichen Schein von Recht auch den *Begriff* des reinen Differenzgeschäftes leugnen. Begriffe sind eben abstrakte Gebilde; Geschäftsbegriffe bestehen unabhängig davon, ob das praktische Leben sie kennt oder nicht. Den Standpunkt der Literatur kann nur die Tatsache erklären, daß es bei Schaffung des § 48 lediglich ein handelsrechtliches Fixgeschäft gab und daß die Ersetzung des gemeinen Rechts durch

[1]) Von den meisten wird das für selbstverständlich gehalten und gar nicht besonders erwähnt; ausdrücklich Thöl S. 3, Stehle S. 33. — Ganz inkonsequent Neukamp, der im Verbandskommentar S. 185 Anm. 31 behauptet, ein B. T. G. sei unter allen Umständen ein Fixgeschäft nach H. G. B. § 376, also ein Handelsfixkauf, während er auf S. 220 Anm. 6 indirekt zugibt, daß B. T. G. auch unter Nichtkaufleuten geschlossen werden können. Man kann doch als Begriffsmerkmal nur etwas aufstellen, was bei allen unter den Begriff fallenden Geschäften vorliegt.

das ein ziviles Fixgeschäft anerkennende B. G. B. den späteren Bearbeitern der Frage entgangen war.

Fixcharakter wird dem Geschäfte durch die Vereinbarung verliehen, daß die Leistung des einen Teils — Lieferung des Kaufgegenstandes oder Zahlung des Preises — genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist geschehen soll. Nicht jeder Beisatz, der die einseitige Erfüllung eines Geschäftes zeitlich präzisiert, ist auch eine Fixklausel. Für diesen Begriff kommt es vielmehr darauf an, daß die zeitliche Festlegung eine essentiale negotii bilden soll; nur dann liegt ein Fixgeschäft vor, wenn die Leistung vor oder nach der vereinbarten Zeit nicht gefordert oder gewährt werden kann, wenn eine Lieferung nach Ablauf der Erfüllungszeit nicht als Vertragserfüllung gilt, wenn mit der Erfüllungszeit das Geschäft steht und fällt. Eine ausdrückliche Willenserklärung ist aber damit nicht verlangt; es genügt auch eine stillschweigende; immerhin kann bei den erheblichen Besonderheiten des Fixgeschäftes eine Vereinbarung des Fixcharakters aus den Umständen nur ausnahmsweise geschlossen werden, nämlich nur dann, wenn die Umstände unzweifelhaft und zwingend dafür sprechen.[1])

Die Rechtsfolgen des Fixkaufes unterscheiden sich von denen des gegenseitigen Vertrages überhaupt in wesentlichen Punkten. Gerät bei einem Nichtfixgeschäft ein Kontrahent in Leistungsverzug, so kann ihm der Gegner zwecks nachträglicher Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach Fristablauf ablehne; nach fruchtlosem Verstreichen der Frist ist er zur Forderung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung oder zum Rücktritt vom Vertrage befugt; auf Erfüllung kann er nicht klagen. Hat für ihn die Vertragserfüllung infolge des Verzugs des Gegners kein Interesse, so kann er auch ohne vorherige Fristsetzung den Anspruch auf Schadensersatz wegen

[1]) Entsch. d. R. O. H. G. Bd. 6 S. 19, Bd. 36 S. 85.

Nichterfüllung geltend machen oder vom Vertrage zurücktreten. § 326 B. G. B. — Beim bürgerlichen Fixgeschäfte steht dem Nichtsäumigen im Falle nicht rechtzeitiger Erfüllung im Zweifel der Rücktritt vom Vertrage offen, ohne daß er den Mangel eines Interesses an der nachträglichen Leistung zu erweisen hätte. § 361 B. G. B. — Beim Handelsfixkauf dagegen kann der Gläubiger, wenn der zur Fixleistung Verpflichtete am Stichtage nicht erfüllt, ohne weiteres vom Vertrag zurücktreten; Voraussetzung dafür ist weder Fristsetzung noch Verschulden des Verpflichteten. Bei schuldhafter Nichterfüllung zur bedungenen Zeit ist daneben der Gläubiger wahlweise zur Forderung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung berechtigt. Das Recht auf Erfüllung muß er sich durch eine sofort nach dem Stichtage an den Säumigen gerichtete Anzeige sichern. Andererseits kann auch der Schuldner nach dem Stichtage grundsätzlich nicht mehr erfüllen; die Möglichkeit der Erfüllung erhält er erst dann wieder, wenn der Gläubiger durch Erstattung der Anzeige zu erkennen gegeben hat, daß er Erfüllung verlangt.

2. Die Geschäfte müssen nach den Bedingungen geschlossen werden, die vom Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzt sind. Daß die Geschäftsbedingungen sich mit den Usancen einer deutschen Börse decken, ist nicht erforderlich; es genügt auch die Übereinstimmung der Bedingungen mit den Usancen einer ausländischen Börse, wenn nur diese nach dem betreffenden Rechte als vom Börsenvorstand aufgestellt erachtet werden können[1]). Ob der Vorstand allgemeine Geschäftsbedingungen über den Börsenterminhandel überhaupt festsetzt oder ob er für den Terminhandel jeder Branche Spezialbedingungen aufstellt, ist gleichgültig.

3. Zu B. T. G. werden Handelsfixkäufe nach den vom Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzten Bedingungen dann, wenn als weiteres Tatbestandsmoment die amtliche Notiz für Terminpreise der Geschäfte solcher Art hinzutritt. Hienach stellen Geschäfte, welche das Gesetz oder der zum Erlaß von

[1]) Vgl. Kahn B. G., I. Aufl. zu § 48 Anm. 6.

Verboten ermächtigte Bundesrat untersagt, niemals B. T. G. nach § 48 dar, ebensowenig Geschäfte, deren Zulassung zum Börsenterminhandel nicht erfolgt ist. (§§ 50, 51 a. B. G.)

Man sollte meinen, daß die Definition des § 48 allen Vorschriften über B. T. G. zugrunde lag und demnach Geschäfte, welche nicht alle Voraussetzungen des § 48 erfüllten, dem Börsenterminrecht nicht unterstanden. Das Reichsgericht ververtritt jedoch in ständiger Rechtsprechung einen andern Standpunkt.

Seine Entscheidung vom 12. Oktober 1898[1]) behandelte folgenden Fall: Der Beklagte sollte als Kommissionär des Klägers für diesen Wertpapiere an der Börse kaufen. Er führte die Geschäfte in sich aus und übersandte dem Kläger Schlußnoten, nach denen sie unter Ausschluß der Börsenusancen nach Maßgabe des Art. 357 a. d. H. G. B. abgeschlossen waren. Nach Lösung der Geschäftsverbindung der beiden Parteien begehrte Beklagter den Saldo. Der Kläger verweigerte die Zahlung unter der Behauptung, die geschlossenen Geschäfte seien B. T. G. und als solche mangels seiner Eintragung im Börsenregister unverbindlich. Durch Klage verlangte er Feststellung des Nichtbestehens der Ansprüche des Beklagten. Letzterer bestritt die Anwendbarkeit des § 66 a. B. G. auf die geschlossenen Geschäfte. Das Reichsgericht erkannte nach Klagsantrag. Das auf Klagsabweisung lautende oberlandesgerichtliche Urteil war der klägerischen Behauptung, die Geschäfte seien ungültig, weil man die Börsenusancen zwecks Umgehung des § 66 ausgeschlossen habe, scharf entgegengetreten: Zeitgeschäfte unter anderen als den Börsenbedingungen seien eben erlaubt; sie würden nicht zu verbotenen Geschäften durch die Tatsache, daß man durch ihren Abschluß den gesetzlichen Nachteilen aus dem Wege gehen wollte, welche andere Geschäfte treffen. Diese Ausführungen erklärt das Reichsgericht für rechtsirrtümlich. Es gibt zu, daß nach der Terminologie des Gesetzes § 66 sich ausschließ-

[1]) R. G. Bd. 42 S. 43 ff.

lich auf die im § 48 bestimmte Gattung von Börsengeschäften zu beziehen scheine. Aber der wahre Wille des Gesetzgebers, B. T. G. unter Nichteingetragenen zu Geschäften minderen Rechts zu stempeln, dürfe dadurch keine Einbuße in seiner Wirksamkeit erleiden. Dazu käme es aber, wenn die nichteingetragenen Kontrahenten durch Ausschaltung der festgesetzten Geschäftsbedingungen den Abschluß vollwirksamer B. T. G. ermöglichen könnten. Eine solche Gesetzesanwendung zeitige das Ergebnis, daß bei Nichteintragung im Register ein vom Gesetz besonders geregeltes Geschäft ungültig, ein Geschäft dagegen, welches das Gesetz unter allen Umständen verhüten will, gültig sei. Wenn die abgeschlossenen Geschäfte gewöhnliche Geschäfte nach § 357 a. H. G. B. darstellten, so seien sie allerdings nicht Gegenstände des Börsengesetzes und unterlägen auch nicht dessen einschränkender Bestimmung. Sie seien aber B. T. G. *im weiteren Sinn* und würden als solche von den gleichen Nachteilen betroffen wie Verträge nach § 48. Kläger habe eine Terminspekulation an der Börse gewollt, die Geschäfte hätten in jeder Hinsicht auf der Existenz der Börse und ihrer Einrichtungen beruht mit der alleinigen Maßgabe, daß die vom Börsenvorstand festgesetzten Bedingungen ausgeschlossen gewesen seien. — Wenngleichwohl § 48 den Abschluß nach den amtlich festgesetzten Bedingungen als ein Begriffsmerkmal aufstelle, so habe das immer noch einen guten Sinn: nur mit B. T. G., welche genau dem § 48 entsprächen, seien gewisse Rechte für die Kontrahenten verknüpft; insbesondere sei der Spiel- und Differenzeinwand nur bei Geschäften des § 48 ausgeschlossen.

Mit seinem Urteil vom 12. X. 1898 hat sonach das Reichsgericht den Begriff des § 48 für unmaßgeblich hinsichtlich des Geltungsbereiches des § 66 erklärt, vorerst allerdings nur insoweit, als das Gesetz für den Begriff des B. T. G. den Abschluß nach den vom Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzten Bedingungen erfordert.

Auf der damit einmal betretenen Bahn schreitet das Reichsgericht konsequent weiter. In der Entscheidung vom

28. X. 1899 [1]) nimmt es Stellung zu dem vom Gesetz für den Begriff des B. T. G. geforderten Fixcharakter. Hier unterwirft es dem Abschnitt IV B. G. die nach den Geschäftsbedingungen der Darmstädter Bank auf grund der Art. 354—356 a. H. G. B. geschlossenen börsenmäßigen Nachlieferungsgeschäfte. Was im ersten Urteil unsicher und in groben Umrissen angedeutet war, wird hier mit kräftigen Strichen klar herausgearbeitet und planmäßig durchgeführt. Zugegeben wird zunächst, daß in der Annahme des ersten Urteils, § 48 sei maßgebend für § 69, nicht für § 66, eine willkürliche Inkongruenz liege, die nicht aufrecht erhalten werden könne. Dann wird als ausschlaggebend für die Behandlung des Falles die Entscheidung der Frage erkannt, ob die in § 66 ausgesprochene Unwirksamkeit sich auf die Geschäfte des § 48 beschränke, oder ob sie auch für Geschäfte zu gelten habe, „deren äußere Rechtsform zwar sich mit der Begriffsbestimmung des § 48 nicht deckt, die aber nach ihrem materiellen Inhalt und ihrer wirtschaftlichen Natur und Zweckbestimmung unter die Geschäfte fallen, die der Gesetzgeber nur den in das Börsenregister eingetragenen Personen mit Rechtswirksamkeit hat gestatten, von denen er andere Personen hat ausschließen wollen, von denen deshalb anzunehmen ist, daß sie der Gesetzgeber hat treffen wollen und ausdrücklich getroffen haben würde, wenn er ihre Einkleidung in eine andere Rechtsform als diejenige, die er formuliert hat, vorausgesehen hätte". In ausführlicher Begründung entscheidet sich das Reichsgericht für die letzte Alternative. Der Rechtserfolg, den der Gesetzgeber durch eine zwingende allgemeine Norm einem Geschäft versage, könne nicht auf einem Umwege dadurch erreicht werden, daß dem Geschäfte ohne Änderung seines Inhaltes eine andere Form gegeben werde. Das B. G. wolle ohne Eintragung vollwirksame B. T. G. nicht, es wolle B. T. G. unter Nichteingetragenen verhüten, weil der Börsenterminhandel großenteils nicht einem wirtschaftlichen Bedürfnisse, sondern reinem

[1]) R. G. Bd. 44 S. 103 ff.; abgedruckt bei Rießer: Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, Anl. I.

Spekulationstriebe entspringe. Die Formulierung des § 48 treffe zwar nur die z. Zt. des Erlasses des B. G. üblichen B. T. G Allein erste Pflicht des Richters sei es, dem Willen des Gesetzes auch in den Fällen zum Siege zu verhelfen, wo gegen seinen Zweck gesündigt werde. Das besage bereits reg. 84 in VI° de R. J. 5, 12 appendix: cum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti. Die allgemeinen Bedingungen für die Nachlieferungsgeschäfte der Darmstädter Bank sollten die Bedingungen für Zeitgeschäfte an der Berliner Börse ersetzen; dadurch gewännen die Geschäfte den schablonenhaften, der Individualität des Einzelgeschäfts entbehrenden Charakter, der den Geschäften des § 48 eigne. Auch für solche Geschäfte bestehe die Eintragungspflicht und die Rechtsminderung bei Unterlassung der Eintragung. Andernfalls würden sie, die durch ihre Gleichartigkeit, die Möglichkeit der Deckung durch Gegengeschäft und der Umgehung der Effektivleistung die Geeignetheit zu Spielzwecken dartun, die Absicht des Gesetzes vereiteln. Durch den Ausschluß der festgesetzten Bedingungen könnten die Geschäfte also dem B. G. nicht entgehen.

Wegen der Statuierung der Nachfrist von zwei Börsentagen fielen sie im übrigen nicht einmal aus dem Rahmen des § 48. Diese dem Verkäufer bei Nichterfüllung an Ultimo zugestandene Frist sei nicht eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten nach Art. 356 a. H. G. B.; eine solche gäbe es bei dem Ultimogeschäft in Wertpapieren überhaupt nicht. Die allgemein eingeräumte Frist bewirke, wenn sie verlangt werde, lediglich die fixe Prolongation des Geschäftes von Ultimo auf den dritten Börsentag nach Ultimo.

In einer späteren Entscheidung[1]) bezeichnet das Reichsgericht die Momente, aus denen auf das Vorliegen eines B. T. G. zu schließen ist, in einem Falle, wo ihm die Feststellungen der Vorinstanz nicht genügten. Das B. T. G. verlange begrifflich nicht die Abwickelung im Wege der Verrechnung unter Zu-

[1]) R. G. v. 1. XII. 1900, Bd. 47 S. 104 ff.

grundelegung eines Liquidationskurses[1]), ebensowenig die Einhaltung fester Mengeeinheiten. Notwendig sei nur Abschluß zu einem festen Termin, ohne Rücksicht auf besondere persönliche Bedürfnisse der Vertragsteile und zu einem Preise, der sich an der Börse infolge des Zusammentreffens und Zusammenwirkens der Börsenbesucher bildet. Auf die Art der Preisfeststellung und den Ort des Geschäftsabschlusses komme nichts an. Wenn dem Geschäfte ein Börsenpreis zu grunde liege, könne der Mangel einer Preisnotiz an einer Börse den Begriff des B. T. G. nicht ausschließen. Die Bildung eines Börsenpreises sei ja überall da möglich, wo eine größere Anzahl Geschäfte gleicher Art geschlossen werde; hier ergebe sich der Börsenpreis aus der Vergleichung der Einzelpreise. Auch an Kassakurse könnten sich B. T. G. anlehnen. — Wenn die auf Angebot und Nachfrage beruhende Preisbildung sich völlig außerhalb der Börse vollziehe, könne allerdings von einem Börsenpreis nicht gesprochen werden[2]). — Die Frage, ob Abschluß auf festen Termin vorliege, beantwortet das Reichsgericht nicht erst nach Vornahme einer hochnotpeinlichen Prüfung. Allein der Passus der Schlußnote: „Fester Lieferungstermin 31. Dezember und täglich" läßt es sie bejahen. Die Worte: „und täglich" enthielten eine Bedingung zu Gunsten des Käufers, die sich im Handel ausgebildet habe[3]). Sie gebe dem Käufer das Recht, Lieferung vor dem Termine zu verlangen. Sonst beeinflusse sie das Wesen des Geschäftes als Termingeschäft nicht. Sie ermögliche es dem Käufer, wenn es ihm günstig scheine, per Kassa zu spekulieren, während er sonst das Gegengeschäft auf Zeit schließen müßte. Auch Geschäfte dieser Art würden, wenn die übrigen Voraussetzungen zuträfen, vom B. G. betroffen.

---

[1]) Diese Einrichtung fehlt auch an manchen Börsen; siehe Nachweisungen in dem in Bd. 34 S. 335 der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts veröffentlichten Urteil.

[2]) So R. G. Bd. 52 S. 181 bei neuerlicher Revision in gleicher Sache.

[3]) Vgl. Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. I. § 294.

An der im Urteil vom 1. XII. 1900 aufgestellten Begründung seines Standpunktes hält das Reichsgericht auch weiterhin fest. Besonders klar zeigt sich das in der Entscheidung vom 4. VII. 1904[1]). Hier weist es den Differenzeinwand gegen Geschäfte nach Art. 357 a. B. G. B., die unter Zugrundelegung von Börsenpreisen, aber unter Ausschluß der allgemeinen Usancen für den Effektenhandel geschlossen waren, zurück, da die angegriffenen Geschäfte als B. T. G. im Sinne der §§ 48, 66 zu behandeln seien und daher auch unter die Bestimmung des § 69 fielen. Die früher vertretene Ansicht, § 69 gelte nur für Geschäfte des § 48, während § 66 für alle diejenigen zutreffe, welche B. T. G. im weiteren Sinne darstellten, sei mit Recht im Urteil von 1899 bereits aufgegeben worden; der Ausdruck B. T. G. besage, so oft er sich im Abschn. IV finde, ein und dasselbe. Also könne Kläger, da die B. T. G. mit dem im Register eingetragenen Beklagten mangels eines inländischen Wohnsitzes und einer inländischen gewerblichen Niederlassung des Klägers auch ohne seine Eintragung wirksam seien, gemäß § 69 Abs. 1 den Differenzeinwand nicht bringen.

Die anderen vom obersten Gerichtshofe des Reiches über Fragen des Börsenterminrechts gefällten Entscheidungen[2]) bringen für die Klärung des Begriffes des B. T. G. nichts wesentlich neues mehr, sondern begnügen sich mit dem Hinweis, daß das Reichsgericht bereits alle diesbezüglichen, aus dem Wortlaute des Gesetzes etwa sich ergebenden Zweifel gründlich beseitigt habe.

Man kann die Resultate der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in puncto „Begriff des B. T. G." in folgenden Sätzen zusammenfassen:

[1]) R. G. Bd. 58 S. 366.

[2]) R. G. vom 11. XII. 1901 in Holdheims Zeitschrift 1902 S. 84; vom 21. XII. 1904 in Bd. 59 S. 323; vom 10. I. 1906 in J. W. 1906 S. 147 Nr. 25; vom 9. IV. 1906 in Holdheims Zeitschrift 1906 S. 202; vom 24. IV. 1907 in Bd. 66 S. 91.

1. Unter typischen Bedingungen abgeschlossene Termingeschäfte in Waren oder Wertpapieren, für die eine amtliche Kursnotiz stattfindet, sind B. T. G. auch dann, wenn die Bedingungen sich nicht mit dem vom Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzten decken.

2. Ein B. T. G. muß regelmäßig ein Fixgeschäft sein. Doch bedarf es der Fixklausel dann nicht, wenn die Schablonenhaftigkeit des Geschäftes mit der Möglichkeit der Deckung durch Gegengeschäft und der Umgehung der Effektivleistung bereits feststeht. Solchen Falls liegt ein B. T. G. auch vor bei Vereinbarung einer von vorneherein für Geschäfte dieser Art allgemein berechneten Nachfrist. Dagegen schließt eine der Individualität des Einzelgeschäfts entsprechende Frist die Annahme eines B. T. G. aus. Das Recht des Käufers, täglich vor Fälligkeit Lieferung zu fordern, benimmt den Charakter eines B. T. G. nicht. — Kassageschäfte sind sicher keine Fixgeschäfte; sie eignen sich auch ihrem Wesen nach nicht zur Spekulation durch Abschluß von Gegengeschäften. Gleiches gilt aber nicht von denjenigen Kassageschäften, deren Erfüllung vereinbarungsgemäß erst Ultimo erfolgen soll — Kassakontogeschäfte —[1]); sie können den Charakter von B. T. G. annehmen.

3. Dem Geschäft muß ein Börsenpreis zugrunde liegen. Einer amtlichen Kursnotiz bedarf es nicht.

Hienach würde der reichsgerichtliche Begriff des B. T. G. etwa lauten: B. T. G. sind Geschäfte, die unter typischen, die Lösung des Engagements durch Gegengeschäft ermöglichenden Bedingungen auf festen Termin ohne Rücksicht auf persönliche Bedürfnisse — also zeitlich typisch — zu einem Preise geschlossen werden, der sich an der Börse infolge des Zusammenwirkens und Zusammentreffens der Börsenbesucher gebildet hat.[2]) So auch Thöl S. 24, der von Einzelvoraussetzungen nur die Beziehung zum Börsenpreis hervorhebt, im übrigen aber darauf

[1]) Näheres bei Jung S. 31 ff.
[2]) Staub, Nachtrag, Anm. 5.

abstellt, daß die B. T. G. des Reichsgerichts irgendwie die B. T. G. des § 48 zu ersetzen geeignet sind.

Bei der durch die weite Ausdehnung erzeugten Verschwommenheit des reichsgerichtlichen Begriffes des B. T. G., die Schweyer nicht ohne Grund zu der Frage veranlaßte, ob es denn noch Börsengeschäfte gebe, die keine B. T. G. seien, und bei der so starken Divergenz des gesetzlichen Begriffes und des vom Reichsgericht gebildeten muß man denn doch fragen: Ist die Korrektur des Gesetzes im Wege der Verwandelung eines formal juristischen Begriffes in einen wirtschaftlichen überhaupt zulässig? Hat der Richter es in der Hand, sich unter Berufung auf die wirklichen oder vermeintlichen Zwecke des Gesetzes über seinen klaren Wortlaut hinwegzusetzen und freies Recht zu schaffen? Kann er auf Grund eines für bestimmte Geschäfte geltenden Verbots auch alle anderen Geschäfte für ungültig erklären, deren Abschluß den Zweck des gesetzlichen Verbotes vereiteln würde.

Man mag die Möglichkeit einer Korrektur klaren Gesetzestextes anerkennen oder nicht; jedenfalls wären einer solchen enge Grenzen gesteckt; dann nur wäre sie zulässig, wenn ein fehlerhafter Ausdruck eines innerlich richtigen Gesetzes richtig zu stellen wäre; läge dagegen der Fehler in dem Zweckbestreben des Gesetzes, so könnte keine Abhilfe geschaffen werden. Daß aber der § 48 in seinem definitiven Wortlaute versehentlich Gesetz geworden sei, nimmt der Gerichtshof selbst nicht an; er weiß zu gut, daß gerade § 48 erst nach langen eingehenden Beratungen der Börsenenquetekommission und des Parlaments die Prägung erhielt, die er im Gesetze trägt.

Der reichsgerichtliche Begriff stellt denn auch gegenüber dem § 48 kein aliud, sondern ein maius dar. Also spitzt sich die Frage darauf zu, ob eine extensive Interpretation des § 48 rechtlich möglich gewesen ist.

§ 48 stellt drei Merkmale auf: Fixcharakter, Abschluß nach den vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen

und amtliche Kursnotiz — Merkmale, so scharf und klar, daß „ein Fehlgreifen kaum möglich, eine Interpretation fast überflüssig erscheint." [1]) Das Gesetz definiert nicht die B. T. G. überhaupt als Geschäfte, für welche diese Kriterien zutreffen; es formuliert: als B. T. G. *gelten* — und nicht: B. T. G. *sind* . . ; damit ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß es nur die Geschäfte des § 48 regeln will; um die anderen Geschäfte, seien es auch B. T. G. im landläufigen Sinne, kümmert es sich grundsätzlich nicht und in den wenigen Fällen, in denen es auch sie in seinen Bereich zieht, gebraucht es nicht die Bezeichnung B. T. G., sondern Ausdrücke wie „börsenmäßiges Termingeschäft" und „börsenmäßiger Terminhandel." [2])

§ 48 steht an der Spitze der Vorschriften über den Börsenterminhandel. Da sollte man doch ohne weiteres annehmen dürfen, daß er in allen Fällen maßgebend ist, in denen das Gesetz über B. T. G. spricht. Den § 48 ganz zu eliminieren, hat bei dieser Sachlage das erste Reichsgerichtsurteil auch nicht gewagt; es bedeutet ja erst den schüchternen Versuch der teilweisen Beseitigung des § 48. Vorerst wird nur die Behauptung aufgestellt, § 66 umfasse auch B. T. G., die der Definition des § 48 nicht entsprechen; § 48 sei maßgebend für den Kreis der Geschäfte, denen das B. G. Vorrechte einräumt. So begreiflich es erscheint, wenn das Reichsgericht in dem damals zur Entscheidung gelangten Fall sich mit einer Einschränkung des Geltungsbereiches des § 48 zufrieden gab, weil es sonst die Antwort auf die Frage, warum denn § 48 überhaupt im Gesetze stehe, hartnäckig hätte verweigern müssen, so mutet es doch auf der anderen Seite höchst sonderbar an, daß das Reichsgericht durch diese seine Auslegung dem Gesetze implicite den Vorwurf macht, es habe bei einem der wichtigsten Para-

[1]) *Adler*: Arch. Bürg. R. Bd. 17 S. 147.

[2]) Besonders scharf tritt die Unterscheidung in § 50 Abs. 2 u. 3 hervor. Offensichtlich ein redaktionelles Versehen in § 51 Abs. I, wo für „B. T. G." „börsenmäßige Termingeschäfte" zu setzen ist. So auch *Adler* a. a. O. S. 148.

graphen des Abschn. IV die an die Spitze gestellte Legaldefinition vergessen. Als ein Jahr später das Reichsgericht neuerdings über den Begriff des B. T. G. zu entscheiden hatte, konnte es denn die Duplizität des Begriffes nicht mehr aufrecht erhalten, weil inzwischen Staub[1]) unwiderlegbar dargetan hatte, daß auch dem § 66 der im § 48 aufgestellte Begriff zugrunde liegt, daß die Erschwerungen, wie die Rechtsvorzüge für den gleichen Kreis von B. T. G. gelten, indem die einen den Ausgleich und das Gegengewicht für die anderen bilden. Es kommt aber zur tatsächlichen Beseitigung des § 48 auf einem anderen, freilich kaum besseren Wege: es erkennt an, daß alle Vorschriften für B. T. G. auf die Geschäfte des § 48 zutreffen, behauptet aber weiter deren Geltung auch für B. T. G. der nicht unter § 48 fallenden Art. Das bedeutet praktisch die Ersetzung des § 48 und seiner klaren formalen Kriterien durch einen wirtschaftlichen Begriff. Die im Urteil von 1899 gegebene Motivierung seiner Ansicht behält das Reichsgericht auch künftig bei.

Daß das die Auffassung des Gesetzes sei, kann aus dem Gesetze nicht bewiesen werden. Die scharf heraus gearbeiteten gesetzlichen Merkmale des B. T. G., die Stellung des § 48 an der Spitze des Gesetzesabschnittes deuten darauf hin, daß § 48 die genaueste Beachtung erfordert. Das ergibt auch die einfache Erwägung, daß der Definition des Gesetzes doch eine Bedeutung zukommen muß. Man kann doch nicht annehmen, das Gesetz habe als Rechtssatz etwas aufgestellt, was es als richtig nicht anerkennt.

Wäre die Ansicht des Reichsgerichts richtig, so wäre auf der anderen Seite ebenso richtig die Behauptung, es sei unnütze Mühe, gesetzliche Definitionen und Einzelvorschriften zu geben. Jedes Gesetz hat einen bestimmten Zweck. Meist sucht das Gesetz seinen Zweck durch die Festlegung ganz bestimmter Tatbestände zu erreichen. Beim Vorliegen anderer Tatbestände

[1]) Der Begriff des B. T. G. im § 66 B. G. 1899.

ist eben das Gesetz unanwendbar, dies selbst dann, wenn hiedurch der Zweck des Gesetzes vereitelt werden sollte. Dadurch, daß das Gesetz nur bestimmte Fälle trifft und treffen will, gibt es seiner Auffassung dahin Ausdruck, daß der ihm vorschwebende Zweck erreicht werden wird, wenn in den speziellen Fällen die gesetzlichen Folgen eintreten. Ergibt die Zukunft die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesetzeszweckes auf dem beschrittenen Wege, so erübrigt nur eine neuerliche Tätigkeit der Gesetzgebungsmaschine. — Der Richter hat nur das im Gesetze niedergelegte Recht anzuwenden. Der Richter, der sich nicht streng an das vom Gesetze geschaffene Recht hält, sondern Recht spricht nach dem, was das Gesetz hat sagen wollen, aber nicht gesagt hat, oder gar nach dem, was es hätte sagen sollen, aber nicht gesagt hat und auch nicht hat sagen wollen, überschreitet seine Machtbefugnis und macht sich selbst zum Rechtssetzer. [1])

Freilich gibt es auch Gesetze, die das ihnen vorschwebende Ziel um jeden Preis erreichen wollen: sie nehmen den Zweck in den Text auf. Staub [2]) nennt solche Gesetze apodiktische Zweckgesetze im Gegensatz zu den gewöhnlichen — nicht apodiktischen Zweckgesetzen. Ein apodiktisches Zweckgesetz ist z. B. das Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte von 16. V. 1894; dort heißt es in § 6: die Vorschriften des Gesetzes sollen auf Verträge Anwendung finden, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch mietweise Überlassung der Sache, zu erreichen. Ohne diese ausdrückliche Vorschrift würde das Gesetz, da es nur über den Kauf auf Abzahlung (§ 1 des Ges.) handelt, auf mietweise Überlassung gegen Abzahlung nicht angewandt werden dürfen. Wenn der Richter apodiktische Zweckgesetze anwendet, übt er die nämlichen Funktionen aus wie bei der Anwendung nicht apodiktischen gesetzten Rechtes. Seine Tätigkeit besteht immer

[1]) Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetz vgl. Bülow im „Recht" 1906 S. 773.

[2]) H. G. B. II Exkurs zu § 376.

nur in der Gesetzesanwendung; wohl ist sie bei der Generalklausel apodiktischer Gesetze eine viel freiere; aber Rechtschaffung ist sie auch hier nie und darf sie nie sein. — Das Reichsgericht sucht den § 6 des Abzahlungsgesetzes für seine Zwecke zu verwerten; es meint, daß der Gedanke, das Gesetz sei auf alle Fälle anzuwenden, in denen man den Gesetzeszweck vereiteln wolle, jedem Gesetze von selbst innewohne, daß also nur im Abzahlungsgesetze ausdrücklich ausgesprochen sei, was ohnedies bei der Anwendung zwingender Gesetze zu gelten habe. Dabei bleibt natürlich das Urteil die Antwort auf die Frage schuldig, warum gerade das Abzahlungsgesetz — doch überflüssigerweise — in einem eigenen Paragraphen einen bereits herrschenden, allgemeinen Rechtsgedanken speziell fixierte. Es könnte auch nicht erklären, warum die Wettbewerbsnovelle von 1909 eine Generalklausel aufstellte, entgegen dem Wettbewerbsgesetz von 1896, das durch Unterwerfung bestimmter Tatbestände unter das Gesetz den unlauteren Wettbewerb genügend einzudämmen vermeint hatte. Als ein Rätsel müßte ihm auch ein anderes Vorkommnis in der neueren deutschen Gesetzesgeschichte erscheinen: das Wuchergesetz vom 24 V. 1884 suchte dem Kreditwucher dadurch entgegenzutreten, daß es bestimmte Tatbestände, wucherische Darlehen und Stundungen, traf; die Folgezeit lehrte, daß der Wucher, den das Gesetz hatte unterbinden wollen, mit anderen als den vom Gesetze betroffenen Mitteln weiterbetrieben wurde; trotzdem konnte der Richter diese anderen Tatbestände nicht nach dem Wuchergesetz beurteilen; zur Beseitigung des Übelstandes war die Gesetzgebung berufen, die denn auch durch Gesetz vom 19. VI. 1893 neben den erwähnten Geschäften auch diejenigen wucherischen Kreditgeschäfte für ungültig erklärte, „welche demselben wirtschaftlichen Zwecke dienen sollen".

Der Argumentation des Reichsgerichts gegenüber weist Thöl S. 41 mit Recht darauf hin, daß das B. G. der nämlichen Zeit entstammt wie das Abzahlungsgesetz, daß also dem Gesetzgeber von 1896 das Verfahren wohl bekannt war, durch das man ein Gesetz zum apodiktischen Zweckgesetz machen kann.

Dem Börsengesetz fehlt das Merkmal des apodiktischen Zweckgesetzes; man kann ihm daher den Charakter eines solchen nicht zusprechen und muß sich bei der Gesetzesanwendung an den strikten Wortlaut des § 48 halten. Darnach trifft das B. G. von 1896 nur einen ganz bestimmten Kreis von Geschäften; eine Anwendung auf B. T. G., welche die Voraussetzungen des § 48 nicht erfüllen, will das Gesetz nicht. — Der reichsgerichtliche Begriff des B. T. G. läßt sich also nach dem Gesetze nicht halten.

Nun ist aber weiter zu fragen, ob nicht für den reichsgerichtlichen Begriff Raum gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber mit dem Gesetz von 1896 jeglichen Börsenterminhandel unter Nichteingetragenen hätte verhüten wollen. Das Reichsgericht zieht auch diesen Gedanken herein und verwertet ihn für seine Zwecke. Selbst wenn man die Prämisse, das B. G. habe nach den Intentionen des Gesetzgebers Geschäfte unter Nichteingetragenen ausschließen wollen, als richtig unterstellt, kommt man nicht zu dem vom Reichsgerichte gezogenen Schlusse.

Denn auch wenn wirklich der Gesetzgeber geglaubt hätte, den ganzen Börsenterminhandel unter Nichteingetragenen mit dem Gesetz von 1896 niederzuringen, so würde die Gesetzesanwendung diese Meinung doch nur dann zu berücksichtigen haben, wenn sie im Gesetze selbst irgendwie zum Ausdruck gekommen wäre. [1]) Von Belang ist nur, was das Gesetz will und weil es das Gesetz will. [2]) Die Gedanken und Erwartungen, welche die Verfasser an das Gesetz knüpften, sind als solche rechtlich irrelevant.

Vor noch nicht zu langer Zeit freilich stand Rechtslehre und Praxis fast durchweg auf dem Standpunkt, was der Gesetzgeber gewollt habe, sei auch bindend; dem etwa mehrdeutigen

[1]) So richtig die heute herrschende Meinung, vgl. statt vieler Kipp zu Windscheids Pandekten Bd. I S. 83.

[2]) „Freilich hat das Gesetz keinen Willen im psychologischen Sinne, wohl aber einen Willen im teleologischen Sinn als organisches Zweckbestreben." Köhler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 S. 1.

Gesetze wurde als alleinrichtige Deutung diejenige vindiziert, die der Gesetzgeber ihm beilegte. Die Vielheit der Subjekte, welche heutzutage bei der Schaffung geschriebenen Rechtes mitzuwirken haben, veranlaßte die Aufstellung des Leitsatzes, erst die Übereinstimmung der sämtlichen Gesetzgebungsorgane lege die Interpretation in bestimmter Richtung fest. Über die Tatsache, daß oft genug zu einer im Gesetze geregelten Frage nicht alle Gesetzesfaktoren Stellung nehmen, kam man hinweg, indem man hier einfach auf eine stillschweigende Übereinstimmung schloß und eine solche genügen ließ. So glaubt Krug[1]), die von dem Regierungskommissär über den Sinn einer Vorlage erteilten Aufschlüsse gehörten rechtlich zum Entwurfe, und wenn das Parlament den Entwurf annehme, so nehme es ihn eben an in dem Sinne, den der Regierungsvertreter ihm beilegte; das gelte selbst dann, wenn bei der Beratung die Kammer einer anderen Interpretation gehuldigt habe. Nur wenn die Ansicht des Parlaments eine Änderung der ursprünglichen Fassung der Regierungsvorlage bewirke, sei sie beachtlich. — Diese Sätze erfahren allerdings mancherlei Einschränkung: nur diejenigen Äußerungen des Regierungskommissärs sollen maßgebend sein, die bei der Diskussion über eine Gesetzesstelle gefallen sind; wenn sie sich mit Fragen befassen, deren Lösung der Gesetzgeber der Wissenschaft überläßt, sollen sie nur den Wert einer individuellen Ansicht haben.

Auch innerhalb der bezeichneten Grenzen fehlt es diesen Auslegungsgrundsätzen an jeglicher Berechtigung. Es ist ein Willkürakt sondergleichen, in der Annahme einer Regierungsvorlage zugleich die Billigung der Interpretation zu erblicken, die ihr vom Regierungsvertreter gegeben wurde. Die Krug'sche Theorie würde das Parlament, das die Regierungsvorlage Wort für Wort billigt, sie aber in einem anderen Sinne als der Regierungsvertreter auslegt, nötigen, den Text des Regierungsentwurfes abzuändern, weil die unveränderte Annahme auch

[1]) Grundsätze der Gesetzesauslegung (1848), namentlich S. 116 ff.

die Auslegung im Sinne der Ausführungen des Regierungsvertreters festlegen würde. — Der Text des Gesetzes ist der Boden, auf dem die verschiedenen Organe der Gesetzesgebung sich zusammenfinden. Bekanntlich wird nur über den Gesetzestext abgestimmt; wird er angenommen, so steht nur fest, daß er vom Parlament gebilligt wird.[1]) Die Auslegung bleibt ohne Schranken. Jeder an der Gesetzgebung Mitwirkende betrachtet die Materie dieses Entwurfes vielleicht von einem anderen Gesichtspunkte und hofft, daß gerade seine Auffassung und Absicht durch das Gesetzeswort anerkannt und geteilt werde; jeder gibt damit natürlich dem Gesetz eine eigene, seinen Intentionen entsprechende Auslegung. Und über dieses Faktum sollte man hinwegkommen können durch Aufstellung eines Satzes, der den realen Verhältnissen in keiner Weise Rechnung trägt, sondern die Dinge geradezu auf den Kopf stellt.

Auch der von anderer Seite aufgestellte, weniger radikale Satz von der Bindung an die unwidersprochenen Ansichten von Mitgliedern der gesetzgebenden Körperschaften ist nichts mehr als eine Fiktion: die Unterlassung eines Widerspruchs gegen Äußerungen eines Parlamentariers mag häufig darauf zurückzuführen sein, daß sie vom Parlament gebilligt werden; das Schweigen kann aber doch ebensogut in äußeren Umständen, z. B. vorgerückter Zeit u. ä., oder auch darin begründet liegen, daß die geäußerten Ansichten von den übrigen Abgeordneten und Regierungsvertretern, weil offensichtlich falsch, keiner Entgegnung für bedürftig gehalten wurden.

Die moderne Rechtswissenschaft hat denn auch den vielen Theorien über die bindende Kraft der Materialien den Fehdehandschuh hingeworfen und in dem Kampf gegen die Verfechter des Motivenkults auf der ganzen Linie gesiegt. Heute erkennt man eben, daß es nicht angeht, Aussprüchen Gesetzeskraft beizulegen, die überhaupt nicht in erster Linie verpflichten, sondern

[1]) Vgl. § 93 der sächs. Verf.-Urk. v. 4. IX. 1831: die Stimme kann nur mit „Ja" oder „Nein" ohne weitere Motivierung abgegeben werden.

nur für oder gegen die Gesetzesvorlage Stimmung machen wollen. Gerade das Reichsgericht hat sich mehrfach zu der Richtung, welche nur dem Gesetze bindende Kraft beimißt, in so unzweideutigen und scharfen Worten bekannt, daß man es mit Fug als überzeugten Gegner derer ansprechen kann, die den Materialienkultus auf ihre Fahne geschrieben haben. In seiner in Bd. 22 S. 143 veröffentlichten Entscheidung sagt es wörtlich:

„Die Absicht der Motive oder ihres Verfassers hat für die Auslegung des Gesetzes ebensowenig eine rechtliche Bedeutung, wie deren Auffassung vom Inhalt und von der Tragweite der in dem Gesetz gebrauchten Worte, am wenigsten, wenn diese Worte zweifelhaft sind oder für zweifelhaft erklärt worden. Vielmehr gilt unter allen Umständen nur der Wille des publizierten Gesetzes selbst, und dieser ist überhaupt nur vorhanden, soweit er auch ohne die Motive aus dessen Worten allein zu erkennen ist, vorausgesetzt, daß dieselben in ihrem ganzen, gesetzlichen Zusammenhang betrachtet werden. Auf grund dieser Betrachtung der Gesetzesworte läßt sich darüber, ob die Absicht der Motive in dem publizierten Gesetz erreicht, oder ob und wie weit das in demselben über den Sinn der Gesetzesworte Gesagte richtig ist, erst entscheiden. — Allein die Motive des Gesetzes haben die sehr wesentliche tatsächliche Bedeutung, daß ihr Ausspruch zur sorgfältigsten Prüfung der Frage auffordert, ob nicht das von ihnen Beabsichtigte oder als richtig Angenommene in dem publizierten Gesetzesworte einen geeigneten Ausdruck, welcher auch ohne sie verständlich wäre, wirklich gefunden hat."

Und in der Entscheidung in Bd. 45 S. 94 wird ausgeführt, daß sehr wohl der legislative Zweck eines Gesetzes von dessen Inhalt abweichen könne, ohne daß doch dieser Umstand zu einer ausdehnenden oder einschränkenden Auslegung des Gesetzes berechtige.

Das Gesetz hat den Begriff des B. T. G. mit einer Exaktheit herausgearbeitet, die einen Zweifel über den von ihm um-

schlossenen Bereich nicht aufkommen läßt. Bestünde aber doch irgend welcher Zweifel, — einen Anhalt dafür, daß seine Behebung mit Hilfe der in den Materialien niedergelegten Gedanken des Gesetzgebers versucht werden soll, gibt das Gesetz jedenfalls nicht. Es hätte darum die Definition des § 48 auch dann maßgebend sein müssen, wenn für den weiteren Begriff die Materialien hätten ins Feld geführt werden können.

Im Übrigen stand in den Vorarbeiten des Gesetzes gar nicht das, was das Reichsgericht aus ihnen herausliest. Das Reichsgericht behauptet, der Gesetzgeber habe B.T.G. unter Nichteingetragenen verhüten wollen, es habe zu diesem Zwecke den § 48 aufgestellt, der alle zur Zeit des Erlasses des Gesetzes üblichen Geschäfte wirklich getroffen habe und die seither geschlossenen anders gearteten treffen würde, wenn der Gesetzgeber sie vorausgesehen hätte. Es wurde bereits ausgeführt, daß dem § 48 bei seiner prägnanten Fassung und hervorragenden Stellung im Gesetze eine maßgebende Bedeutung zukommt, deren er nicht durch einen in anderer Richtung sich bewegenden Willen des Gesetzgebers entkleidet werden darf. Wenn nunmehr noch dargetan werden kann, daß bezüglich der Bedeutung des § 48 Gesetzeswille und gesetzgeberischer Wille vollinhaltlich sich decken, so kann der reichsgerichtliche Begriff auch vor den Augen derer nicht mehr bestehen, die den Vorarbeiten eines Gesetzes im allgemeinen eine höhere Bedeutung beimessen.

Allerdings ist der vom Reichsgericht vertretene Standpunkt, die Bestimmungen des Gesetzes über den Börsenterminhandel seien auf alle Arten von Termingeschäften anzuwenden, bei der Vorbereitung des Gesetzes durch die Börsenenquetekommission und bei den Beratungen über den Entwurf im Parlament verschiedentlich hervorgekehrt worden. Die diesbezüglichen Anträge wurden jedoch ausnahmslos abgelehnt. Es sei hier auf die dankenswerte Arbeit Rießers[1]) verwiesen, die alle Versuche von Mitgliedern der über die Regelung des

[1]) Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte S. 34 ff.

Börsenterminhandels beratenden Körperschaften, Termingeschäfte überhaupt nur unter Eingetragenen wirksam sein zu lassen, und deren Zurückweisung durch die Mehrheit aufs Gewissenhafteste unter Angabe der Quellenstellen registriert. Was sie unter Termingeschäft im Sinne des Registers verstanden wissen wollte, hat die Börsenenquetekommission durch ihre „erschöpfende“[1]) Definition klargelegt, die sie in den Sitzungsprotokollen S. 390—391 niederlegte; sie lautet: „als B. T. G. in Waren[2]) gelten Waren betreffende Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn dieselben gemäß seitens einer Börsenbehörde für solche Geschäfte festgesetzten Geschäftsbedingungen geschlossen werden, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine Feststellung von Terminpreisen unter Mitwirkung amtlicher Organe erfolgt“ — stimmt also sachlich, und beinahe sogar wörtlich mit § 48 überein.

Die Bedenken, es könnten die Beteiligten durch Abänderungen der festgesetzten Bedingungen in nebensächlichen Punkten ihren Geschäften den Charakter von B. T. G. nehmen, wies die Börsenenquetekommission[3]) als grundlos zurück. Damit hat die Börsenenquetekommission dem eigentlich selbstverständlichen Gedanken, eine Definition soll auch gelten, mit der ebenso selbstverständlichen Modifikation Ausdruck gegeben, daß beispielsweise ein sich als B. T. G. darstellendes Geschäft diese Eigenschaft behält, auch wenn das Lieferungsquantum von dem den Börsenbedingungen entsprechenden Quantum nur etwa um einen Zentner nach auf- oder abwärts differiert.

---

[1]) So Sitzungsprotokolle der Börsenenquetekommission S. 366.

[2]) Die Börsenenquetekommission definierte nur das B. T. G. in Waren, weil sie nur für diese das Register vorschlug und sie eine Definition nur wegen der Eintragung in das Register für nötig fand. Bericht der Börsenenquetekommission S. 112.

[3]) Bericht der Börsenenquetekommission S. 112/113.

Der gleiche Standpunkt wurde in der Begründung zum Entwurfe und in der Reichstagskommission vertreten. In den Motiven zum B. G.[1]) heißt es: „als Grundlage für die nachstehenden Bestimmungen bedurfte es der gesetzlichen Festlegung des Begriffs der B. T. G. Als solche bezeichnet der § 45 (= § 48 d. a. B. G.) . . .“ Das kann nur bedeuten: so oft der Gesetzgeber von B. T. G. spricht, meint er Geschäfte von der Art des § 45 (bezw. § 48). Dem Gesetzgeber von 1896 boten sich zwei Wege der Bekämpfung des illegitimen Terminhandels. Entweder er ging radikal vor und statuierte bei allen Termingeschäften die Eintragung in das Register als Voraussetzung ihrer Vollwirksamkeit, — oder er begnügte sich mit der Festsetzung von Normen für eine bestimmte Art von Termingeschäften, die ihm als Spekulationswerkzeug in der Hand Unkundiger und Unbemittelter besonders gefährlich schien. Die erste Möglichkeit hätte die Existenz des ganzen legitimen Zeithandels in Frage gestellt; bei der zweiten mußte der Nachteil mit in Kauf genommen werden, daß der illegitime, lediglich einem unwirtschaftlichen Spieltriebe dienende Terminhandel wohl eingeschränkt, nicht aber überhaupt beseitigt, und daß andererseits auch der legitime Zeithandel zurückgedrängt wurde, so weit er sich bisher in den Formen vollzogen hatte, welche das Gesetz trifft. Die maßgebenden Faktoren entschieden sich für die zweite Eventualität, da man im Verhältnis zur Unterdrückung jeglichen Terminhandels dem Abschluß auch vereinzelter illegitimer Termingeschäfte nach Beseitigung der gröbsten Auswüchse als das kleinere Übel ansah.

Steht aber fest, daß das Gesetz, noch dazu in Übereinstimmung mit dem gesetzgeberischen Willen, nur die ganz bestimmte Kategorie der Geschäfte des § 48, die ihm besonders gefährlich schien, traf und treffen wollte, so kann auch der Gesichtspunkt der Gesetzes-*Umgehung* den reichsgerichtlichen Begriff des B. T. G. nicht retten. Von einem agere in fraudem

[1]) S. 60.

legis kann eben, von anderen Erfordernissen abgesehen[1]), nur dann die Rede sein, wenn das Gesetz zwar nur bestimmte Rechtsgeschäfte ausdrücklich verbietet, wenn aber sein Wille dahin geht, die Erreichung des verpönten wirtschaftlichen Erfolges durch Abschluß anderer Geschäftsformen zu verhindern. Wenn aber das Gesetz nur die Geschäfte des § 48 regeln wollte, so liegt in dem Abschluß eines anderen Rechtsgeschäftes, mit dem der gleiche Zweck wie mit einem Geschäfte nach § 48 verfolgt wird, keine Umgehung.

Die Tatsache, daß trotz alldem die reichsgerichtliche Rechtsprechung dem Gesetze den Zweck des Ausschlusses von Termingeschäften überhaupt unter Nichteingetragenen unterschiebt, rechtfertigt die Kritik Rießers[2]), die Auslegung des § 48 durch den obersten Gerichtshof bedeute nichts weiter als eine Wiederholung solcher Anträge gewisser Parteien und Richtungen, welche in den Vorstadien des Gesetzes gestellt, aber deshalb abgelehnt worden sind, weil der Gesetzgeber nun einmal nicht so weit gehen wollte, wie die Antragsteller.

Für die vorwürfige Arbeit bildet das bisher Gefundene nur die erste Etappe auf dem Wege zum Ziel. Dargetan ist nunmehr erst, daß § 48 a. B. G, und nicht der vom Reichsgericht gebildete Begriff nach altem Börsengesetz hätte maßgebend sein sollen. Daraus folgt aber noch nicht die Geltung des § 48 zur Zeit des Inkrafttretens der Novelle von 1908. Zwischen

[1]) So kann von einer Umgehung nur bei ver- oder gebietenden Gesetzen gesprochen werden, d. h. bei solchen, welche ein Unterlassen oder ein Tun fordern. (R. G. Bd. 26 S. 184). — Hier handelt es sich nun m. E. überhaupt nicht um ein derartiges Gesetz; die vom Reichsgericht konstruierte Eintragungspflicht bestand gar nicht.

[2]) Zadig: Der Terminhandel und seine Behandlung durch Rechtsprechung und Gesetz S. 44 i. f. wirft dem Reichsgericht direkt vor, es habe statt über den Parteien zu stehen, einseitige und radikale Parteipolitik getrieben.

altem und neuem Börsengesetz liegen 12 lange Jahre, während welcher das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung seinen Begriff des B. T. G. anwandte. Nun sind zwar mit der neuen deutschen Justizgesetzgebung die vielen Bestimmungen über die Bindung an Präjudizien der obersten Gerichte[1]) gefallen[2]); eine Verpflichtung der Untergerichte, der Ansicht des Reichsgerichts zu folgen, besteht nicht. Bei dem hohen Ansehen, den die Rechtsprechung des obersten deutschen Gerichtshofs genoß und genießt, ist es jedoch ganz begreiflich, daß sie auch in puncto „Begriff des B. T. G." die Instanzgerichte in ihrem Sinne beeinflußte, was die Folge zeitigte, daß die Judikatur den wirtschaftlichen Begriff des B. T. G. in der ihm vom Reichsgericht gewordenen Ausgestaltung als gesetztes Recht hinnahm.

Frage ist: wurde das Nichtrecht infolge dauernder Übung durch die Gerichte zum Recht?

Einer der ersten Fundamentalsätze, die der junge Jurist erfährt, lautet etwa: es gibt zweierlei Recht, Gesetz und Gewohnheitsrecht. Und er fährt dann weiter, daß seit den Tagen Puchtas und Savignys über den Grund der verbindlichen Kraft von Gesetz und Gewohnheitsrecht und über das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht zu einander lebhaft gestritten wird. Während auf der einen Seite ziemlich übereinstimmend die Geltung des Gesetzes wenigstens unmittelbar auf den Staatswillen zurückgeführt wird, stützt man die Existenz des ungeschriebenen Rechtes als Recht teils auf die gemeinschaftliche Volksüberzeugung von der Rechtsgültigkeit des betreffenden

---

[1]) Vgl. für Bayern die auf Grund des — mit dem E. G. z. bayer. Proz.-Ordg. von 1869 Art. 3 Ziff. 12 außer Kraft gesetzten — Gesetzes v. 17. XI. 1837 erlassenen Präjudizien mit Gesetzeskraft (G. Bl. S. 105; Weber III S. 209).

[2]) Nur im konkreten Falle hat das Berufungsgericht bei Rückverweisung einer Sache die Rechtsansicht des Revisionsgerichts seiner Entscheidung zugrunde zu legen. (§ 565 Z. P. O.) — Ähnlich: die im Interesse einer einheitlichen oberstrichterlicher Rechtsprechung gesetzte Vorschrift des § 137 G. V. G.

Satzes in Verbindung mit der Übung derselben[1]), teils auf die Rechtsüberzeugung allein, indem man die Übung des Satzes nur als Erkenntnisquelle des Gewohnheitsrechtes wertet, als die Form, in welcher das auch ohne sie bereits vorhandene Recht in die äußere Erscheinung tritt.[2]) Und unter denen, welche den „usus" wie die „opinio juris" zur Entstehung von Gewohnheitsrecht fordern, besteht wieder Meinungsverschiedenheit darüber, welches der beiden essentialia zeitlich das primäre ist. — Soweit hiernach die verschiedenen Theorien über das Gewohnheitsrecht auseinandergehen, in dem Punkte sind sie alle einig, daß es ohne die Überzeugung von der Rechtsgültigkeit kein Gewohnheitsrecht gibt. Und dieser Satz führt, ohne daß zu den verschiedenen Ansichten Stellung genommen werden müßte, zur Beantwortung der Vorfrage, ob überhaupt Gewohnheitsrecht dem Gesetze derogieren kann. Wenn das Gewohnheitsrecht direkt der Volksüberzeugung entspringt, während das Gesetz vom Staate produziert wird, der seinerseits erst auf der allgemeinen Rechtsüberzeugung basiert, so muß es als die unmittelbarste Rechtsquelle die Kraft haben, unter Beseitigung oder Abänderung früherer Gesetzesnormen als des abgeleiteten, sekundären Rechtes sich Geltung zu verschaffen. Ein Gewohnheitsrecht verbietendes Gesetz kann, da in diesem Falle nur selten die allgemeine Überzeugung von der Geltung eines Gewohnheitsrechtes sich bilden wird, die Entstehung von Gewohnheitsrecht wohl erschweren; — nie aber die Wirksamkeit des gleichwohl entstandenen Gewohnheitsrechtes ausschließen. Es ist darum nur zu begrüßen, daß die modernen Gesetze über Gewohnheitsrecht nichts bestimmen, im Gegensatz zu den meisten, am Ende des 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstandenen Kodifikationen[3]) und dem ersten

[1]) So insbesondere Windscheid a. a. O. § 15.

[2]) Diese Ansicht vertritt vor allem Puchta: Gewohnheitsrecht. Bd. II S. 7 ff.

[3]) A. L. R. Einl. § 3, 4, 6; österreichisches B. G. B. § 10; bad. Landrecht § 6d; sächs. B. G. B. § 28.

Entwurfe des B. G. B.[1]), die sich dieser Kompetenzüberschreitung schuldig machten.

Windscheid[2]) stellt die These auf, Gewohnheitsrecht sei insoweit unbeachtlich, als es durch Gesetz im voraus für unverbindlich erklärt werde; er sucht die Richtigkeit seines Standpunktes durch folgende Deduktion zu erweisen: wenn ein Gesetz die Unverbindlichkeit jedes über die von ihm geregelte Materie künftig erlassenen Gesetzes statuiert, so könne die Gesetzgebung Widersprechendes nur dann bestimmen, wenn sie zunächst das die Geltung künftigen Gesetzes ausschließende Gesetz beseitige; ebenso sei es beim Gewohnheitsrecht; ein künftiges Gewohnheitsrecht ausschließendes Gesetz könne auch im Wege der Gewohnheitsrechtbildung aufgehoben werden; so lange das nicht geschehen sei, bestehe die in der Gewohnheit hervorgetretene Rechtsüberzeugung nicht als Recht. „Einem solchen Gesetze gegenüber reiche also nicht hin die Übung einer Rechtsüberzeugung überhaupt, sondern es müsse außerdem vorliegen die Übung der Rechtsüberzeugung, daß das Gesetz nicht gelte."

Eine Beweiskraft kommt den Ausführungen Windscheids, so scharfsinnig sie auch dem Leser zuerst scheinen, nicht zu. Denn die Rechtsüberzeugung von der Geltung neuen Gewohnheitsrechts und die Überzeugung von der Nichtgeltung des die Bildung des Gewohnheitsrechts verbietenden Gesetzes sind nicht zwei verschiedene Dinge. In der ersten ist die zweite implicite mit enthalten. Besteht die Überzeugung von der Geltung des Gewohnheitsrechtssatzes, so muß auf der anderen Seite das Nichtvorhandensein entgegengesetzten Rechtes angenommen werden. Das erste Moment ist ohne das zweite undenkbar.[3])

---

[1]) § 2 lautete: Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist.

[2]) a. a. O. § 18 S. 93 ff.

[3]) Die in sich widerspruchsvollen Ausführungen des 5. Juristentages: „eine moderne Kodifikation dürfe sich, unbeschadet der Anerkennung von Gesetz und Gewohnheit als ursprünglich gleichwertiger

Besteht hienach die Möglichkeit der Änderung oder Beseitigung von Gesetzen durch Gewohnheitsrecht, so muß auch eingeräumt werden, daß die Legaldefinition des § 48 durch den reichsgerichtlichen Begriff hätte ersetzt werden können. Ob die rechtmäßige Ersetzung wirklich stattgefunden hat, hängt von dem Ausfalle der weiteren Untersuchung ab; besteht im speziellen Falle ein Gewohnheitsrecht? und wenn nicht, hat der Gerichtsgebrauch verbindliche Kraft?

Als erstes, wenn nicht einziges essentiale des Gewohnheitsrechtes wurde die allgemeine Überzeugung, daß ein bestimmter Satz Recht sei, bezeichnet. Im Ergebnisse hält daran auch Zitelmann[1]) trotz seiner Polemik gegen das Unding der allgemeinen Rechtsüberzeugung fest, indem er statt dieser Rechtsüberzeugung die Vorstellung der Rechtsgenossen fordert, daß eine Quelle von Motivationen auch für die künftige Anwendung eines Satzes wirksam sei; das ist aber nur ein anderer Ausdruck für die gleiche Sache. Zweifellos darf man, um eine allgemeine Rechtsüberzeugung anzunehmen, nicht fordern, daß kein Rechtsgenosse eine entgegengesetzte Überzeugung hegt. Das würde praktisch zum Ausschlusse jeglichen Gewohnheitsrechtes führen. Es muß genügen, daß die Rechtsüberzeugung bei der überwiegenden Mehrzahl der Volksgenossen besteht. Ebensowenig wie menschliche Sitten und Gebräuche ihre Bedeutung durch die Extravaganzen Einzelner verlieren, ebensowenig vermag das Fehlen der Rechtsüberzeugung Einzelner die Bildung des Gewohnheitsrechtes zu hindern. Immerhin ist zu fordern, daß die Überzeugung von der Rechtsgewohnheit die im Volke herrschende sein muß.

Rechtsquellen, dem Gewohnheitsrecht gegenüber von ihren besonderen Bedürfnissen leiten lassen und könne — während sonst im allgemeinen ein Angriff der einen Rechtsquelle auf die andere unziemlich erscheine — um der ihr innewohnenden höheren Zwecke willen die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts ganz ausschließen" blieben unverständlich.

[1]) „Gewohnheitsrecht und Irrtum". Arch. Ziv. Prax. Bd. 66 S. 463.

Bezüglich des reichsgerichtlichen Begriffes vertrat nun aber die Wissenschaft geradezu einmütig den Standpunkt, daß er nicht rechtens sei; durch ihren unablässigen Kampf gegen das Reichsgericht verhinderte sie, daß das Volk sich bei der reichsgerichtlichen Rechtsprechung beruhigte; auf ihren Widerstand ist in erster Linie die Schaffung der Novelle zurückzuführen, die das Feldgeschrei: hie § 48, hie reichsgerichtlicher Begriff des B. T. G. verstummen machen sollte. Darnach kann die Gültigkeit des Begriffes des B. T. G. im reichsgerichtlichen Sinne auf ein Gewohnheitsrecht nicht gestützt werden.

Und außer Gesetz und Gewohnheitsrecht erkennt die herrschende Lehre eine weitere Rechtsquelle nicht an. Dem gegenüber behauptet eine Minderheit[1]) auch die Rechtsqualität des bloßen Gerichtsgebrauches oder usus fori. Gierke — der einzige, der die Frage eingehender behandelt, — meint, die konstante, gerichtliche Übung eines Satzes auf grund der Überzeugung der Gerichte von seiner rechtlichen Geltung erfülle alle Merkmale des ungesetzten Rechtes, sei also Gewohnheitsrecht und habe natürlich auch die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechtes; vom übrigen Gewohnheitsrecht unterscheide sich solcher Gerichtsgebrauch bloß dadurch, daß er nur von einem Organ der Gemeinschaft geschaffen werde, für die er gelte; in ihm offenbare sich nicht die Volksüberzeugung, sondern die Gerichtsüberzeugung, geäußert in Handlungen der Gerichte; daß gleichwohl der Gerichtsgebrauch die Gemeinschaft selbst binde, liege

[1]) Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. I § 22.
Dernburg, Pand. I § 29: der Gerichtsgebrauch hat die gleiche verbindliche Kraft wie Gewohnheitsrecht.
Dernburg, B. G. B. I S. 84: die Übung der Gerichte wird gesetzesgleiche Rechtsnorm werden, selbst wenn ihr ursprünglich eine unrichtige Anwendung des Gesetzes zugrunde lag.
Dernburg, B. G. B. II, 2. S. 23: N. 4: Das Reichsgericht macht Recht, wenn seine Entscheidungen allgemein bei den Gerichten Anerkennung finden.

in der hervorragenden Stellung der Gerichte zum Recht begründet.

Wäre diese Ansicht richtig, so würde die Geltung des reichsgerichtlichen Begriffes bei Inkrafttreten der Novelle von 1908 kaum mehr ernsten Bedenken unterliegen. Allein der Standpunkt Gierkes und seiner Anhänger ist unhaltbar. Gierke definiert den Gerichtsgebrauch richtig und grenzt ihn auch richtig gegen das Gewohnheitsrecht ab. Sein Fehler liegt darin, daß er die Rechtsüberzeugung der Gerichte im Effekt der des ganzen Volkes gleichsetzt.

Zweifellos bedeutet für die Existenz von Gewohnheitsrechten die Praxis der Gerichte außerordentlich viel. Die richterliche Befolgung einer Gewohnheit legt für deren Geltung Zeugnis ab, während ihre Verwerfung durch die Gerichte die Geltung der Gewohnheit mindestens zweifelhaft erscheinen läßt. Zugleich wird auch durch die Anerkennung der Gewohnheit deren Allgemeinheit vermehrt, durch die richterliche Nichtbeachtung dagegen vermindert. Hatte eine Gewohnheit bisher noch nicht ganz die zu ihrer Geltung erforderliche Allgemeinheit, so kann ihr diese die sie anerkennende Entscheidung gebracht haben. Umgekehrt wird die gerichtliche Verwerfung einer Gewohnheit, deren Allgemeinheit ihre rechtliche Geltung höchst wahrscheinlich, aber nicht unzweifelhaft macht, den Glauben an die Rechtsgewohnheit beseitigen.

Es ist auch zuzugeben, daß durch die gerichtliche Praxis Rechtsgewohnheiten begründet werden können. Die Richter sind speziell zur Rechtsanwendung berufen und hiezu vermöge ihrer Ausbildung besonders befähigt. Diese wirklich hervorragende Stellung der Richter zum Recht erzeugt normaler Weise im Volke die Anschauung, daß den Gerichtsentscheidungen als den Anwendungsfällen des Rechtes über den Einzelfall hinaus Bedeutung zukommt. Das gilt umsomehr von den Erkenntnissen der obersten Gerichte und insbesondere, wenn von den Gerichten ein und dieselbe Rechtsansicht in einer Reihe von Fällen vertreten wurde. Hier kann die Rechtsprechung bestim-

mend werden für die Rechtsüberzeugung des Volkes überhaupt. Dadurch, daß das Volk, von den Gerichten beeinflußt, deren Rechtsansicht teilt, wird das von diesem irrtümlich als Recht angenommene Nichtrecht zum Recht, — nämlich zum Gewohnheitsrecht.[1]) Wenn also gesagt wurde, der Gerichtsgebrauch könne auch Recht begründen, so ist ihm damit die Eigenschaft des Rechtschöpfers noch nicht beigelegt: der Gerichtsgebrauch kann den Anstoß zu einer Gewohnheitsrechtbildung geben wie etwa auch Sätze der Wissenschaft. Beide haben nur eine große tatsächliche Bedeutung, da in Anlehnung an sie wohl leicht die allgemeine Überzeugung von der Rechtmäßigkeit eines Satzes entstehen wird. Der bloße Gerichtsgebrauch aber, die Tatsache, daß die Richter einen Satz in dem Glauben an seine Geltung regelmäßig ihren Entscheidungen zu grunde legen, bewirkt an sich nichts über die zur Entscheidung stehenden Fälle hinaus; und auch für die letzteren begründet die Bindung nicht der Gerichtsgebrauch, sondern das Institut der Rechtskraft.[2])

Man sieht: vor dem Recht konnte der reichsgerichtliche Begriff des B. T. G. bis zum Inkrafttreten der Novelle nicht bestehen, selbst dann nicht, wenn man entgegen der Wirklichkeit von seiner tatsächlichen Geltung bei den sämtlichen deutschen Gerichten ausgeht[3]) und wenn man weiterhin dem Reichsgerichte und den Untergerichten die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit des von ihnen angewandten Begriffes zuspricht.[4])

---

[1]) Vgl. Planck: Kommentar zum B. G. B. 3. Aufl. Bd. I Vorbem. S. 39.

[2]) Von neueren Entscheidungen vgl. R. G. v. 28 XII. 1901 in J. W. 1902 S. 94 Nr. 22; bayer. ob. L. G. v. 15. IV. 1910 in Bl. f. R. A. 1910 S. 524.

[3]) Das Plenum des Reichsgerichts hat sich mit der Frage nach dem Begriffe des B. T. G. niemals befaßt. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung in diesem Punkte gibt eigentlich nur die Ansicht des für börsenrechtliche Streitigkeiten zuständigen 1. Zivilsenates wieder.

[4]) Diese Überzeugung war, so unbegründet sie auch erschien, von vorneherein als bei den Gerichten vorhanden zu unterstellen. Anderen-

3. Kapitel.

Begriff des Börsenterminsgeschäftes seit der Novelle von 1908.

Nach dem Satze: Neue Gesetze knüpfen an bereits bestehendes Recht an; in specie: mit Begriffen des neuen Gesetzes wird der gleiche Inhalt verbunden, wie mit den korrespondierenden Begriffen des bisherigen Rechtes, müßte aus der Tatsache, daß der Begriff des B. T. G. in § 48 als der in der Zeit von 1896 bis 1908 rechtsgültige erkannt wurde, auf seine Weitergeltung auch unter der Herrschaft der Novelle geschlossen werden. Allein derlei Sätze stellen nur Auslegungsregeln auf; als solche erheischen sie Beachtung nur für den Zweifelsfall. Nun finden sich aber, abgesehen von anderen Momenten, im neuen Börsengesetze selbst ganz bestimmte Anhaltungspunkte dafür, daß ihm der Begriff des § 48 a. B. G. nicht zu grunde liegt.

Eines der drei Kriterien für Geschäfte nach § 48 war der Abschluß nach Geschäftsbedingungen, die vom Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind. Auch im neuen Börsengesetze spielen diese Geschäftsbedingungen eine Rolle; in § 50 Abs. 2 ist ihre Festsetzung vor der Zulassung von Waren oder Wertpapieren zum Börsenterminhandel geboten. Aber § 51 kennt auch unter Nichteinhaltung der festgesetzten Bedingungen geschlossene B. T. G. in zugelassenen Gegenständen und B. T. G. in nicht zugelassenen Gegenständen, für welche natürlich vom Börsenvorstande überhaupt keine Geschäftsbedingungen festgestellt werden. Damit ist unzweideutig dem Gedanken Ausdruck verliehen, daß die Befolgung oder Nichtbefolgung der für

falls würde man die Gerichte der bewußten Rechtsbeugung zeihen; und eine Erörterung der Frage, ob Gerichtsgebrauch Recht schaffen kann, wäre müßig, weil auch der Gerichtsgebrauch den Glauben der Übenden an die Rechtmäßigkeit der Übung voraussetzt.

den Börsenterminhandel festgesetzten Bedingungen nur bedeutsam ist für den Entscheid, ob es sich um ein offizielles oder ein inoffizielles Geschäft handelt, — daß dagegen bei der Frage nach dem Vorliegen eines Börsentermingeschäfts überhaupt hierauf nichts ankommt.

Des weiteren sollen B. T. G. in den zum Börsenterminhandel nicht zugelassenen Gegenständen von der Benutzung der Börseneinrichtungen und der Vermittelung durch die Kursmakler ausgeschlossen sein (§ 51 B. G.)[1]).

Derartige Geschäfte werden die zweite Voraussetzung des § 48, amtliche Kursnotiz, nicht erfüllen: soweit ihre Qualifizierung als inoffizielle Geschäfte darauf beruht, daß die Zulassung zum Börsenterminhandel verweigert oder zurückgenommen worden ist, besteht konsequenterweise für den Börsenvorstand keinerlei Anlaß, abgehend von der Regel für sie eine amtliche Preisfeststellung zu verfügen; andernfalls würde er dieselben Geschäfte, deren Zurückdrängung seine Zulassungsabweisung als wünschenswert hinstellt, in seiner Eigenschaft als Preisermittler wiederum begünstigen.[2]) Hier kann überdies eine amtliche Kursnotiz schon deswegen nicht stattfinden, weil diese, betätigt vom Börsenvorstande unter Beiziehung der Kursmakler[3]), sich als eine Börseneinrichtung darstellt, deren Benutzung für die genannte Geschäftsart dem strikten Verbot des § 51 zuwiderliefe. — Ob auch bei B. T. G., deren Inoffizialität auf die Nichtstellung eines Zulassungsgesuches zurückzuführen ist, keine amtliche Kursnotiz erfolgen kann, bedarf gar keiner Untersuchung. Denn festgestellt wurde, daß es B. T. G. in Gegenständen gibt, für welche amtliche Kurse nicht notiert werden. Damit ist aber

---

[1]) Näheres hierüber oben S. 10.

[2]) M. E. wäre hier überhaupt eine amtliche Kursfeststellung als für Gegenstände, die nur im freien Verkehr gehandelt werden, unzulässig. B. G. § 31 erklärt den Börsenvorstand nur für befugt, bei der Kursnotiz außer den durch die Kursmakler vermittelten Geschäften die im freien Verkehr geschlossenen Geschäfte mit zu berücksichtigen.

[3]) B. G. §§ 29, 35.

bewiesen, daß die amtliche Preisfeststellung kein Wesensmerkmal des B. T. G. nach geltendem Recht bildet.

Wenn sonach von den drei Merkmalen eines B. T. G. nach § 48 a. B. G. das neue Gesetz selbst zwei als für den Begriff bedeutungslos verwirft, so kann von der Anwendung eines Satzes, der dem neuen Gesetz einen Begriff des B. T. G. nach § 48 unterschöbe, nicht mehr die Rede sein.

Eine andere Frage ist, ob der in dem Auslegungsgrundsatz, neues Recht schließt sich an altes an, enthaltene Grundgedanke nicht modifiziert für die Zwecke des Themas verwertet und positiv zur Umgrenzung des Begriffes des B. T. G. nach geltendem Rechte herangezogen werden kann. Die Modifikation bestünde etwa darin, daß man sagt: ein neues Gesetz knüpft im Zweifel an die bis zu seinem Erlasse vorhandenen tatsächlichen Zustände und Verhältnisse an; wenn das Gesetz einen Begriff nicht definiert, hält es sich an einen z. Zt. seines Erlasses bereits bekannten und geläufigen.

Gegen die Anwendung des so formulierten Satzes lassen sich aus dem Gesetze keinerlei Bedenken herleiten. Zur Zeit der Entstehung der Novelle bekannte sich die Theorie zu dem § 48 a. B. G., die Rechtsprechung zu den vom Reichsgericht gebildeten Begriff. Da die Novelle eine Bestimmung dessen, was sie unter einem B. T. G. verstanden wissen will, nicht gibt, muß als festgestellt gelten, daß sie etwas neues hier nicht schaffen wollte. Auch wenn der Gesetzgeber der Novelle dem B. T. G. einen neuen Inhalt geben wollte, oder gegeben zu haben geglaubt hatte, wäre dies ohne Belang, da, wie oben erörtert, nur der im Gesetz ausgedrückte Wille des Gesetzgebers beachtlich erscheint. Da ferner nachgewiesenermaßen der Begriff des § 48 der Novelle fremd ist, bleibt nur mehr die Annahme des reichsgerichtlichen Begriffes übrig.

Diese, mit dem Gesetz durchaus verträgliche Art der Lösung entspricht zudem der dem Entwurf zum neuen Gesetze

beigefügten Begründung sowie den vom Regierungsvertreter abgegebenen Erklärungen.

In der Begründung[1]) wurde die Nichtaufstellung einer Legaldefinition des B. T. G. damit gerechtfertigt, daß an eine Erneuerung des § 48 bei der durch das Reichsgericht aufgedeckten Unrichtigkeit seiner Begriffsmerkmale nicht zu denken sei; ein Börsenterminhandel benötige keine vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen und keine amtliche Terminkursnotiz; auch der Fixcharakter scheine dem B. T. G. nicht wesentlich zu sein. Es hätte daher höchstens die Aufstellung einer neuen Begriffsbestimmung in Frage kommen können. Davon habe man abgesehen mit Rücksicht auf die von der Börsenenquetekommission bereits erkannte Schwierigkeit einer Definition, die darauf beruhe, daß dem B. T. G. nicht eine bestimmte, von anderen Zeitgeschäften scharf geschiedene Geschäftsform eigne. Unter solchen Umständen würde der Handel auch eine neue Legaldefinition durch Abschluß bisher unbekannter Geschäftsformen wertlos machen können. Auch in der Art der Abwicklung unterscheide sich das B. T. G. begrifflich nicht von anderen Geschäften. Wie nicht geleugnet werden könne, daß B. T. G. oft genug durch Effektivleistung zwischen den ursprünglichen Vertragteilen erfüllt würden, so stünde andererseits als keine Besonderheit die Tatsache fest, daß einfache Fixgeschäfte nach H. G. B. § 376 Abs. I und II ihre Erledigung durch Zahlung der Differenz zwischen Vertragspreis und Börsen- oder Marktpreis zur bedungenen Zeit und am bedungenen Orte fänden oder durch Überweisung eines Dritten. — Was das B. T. G. von anderen Geschäften abhebe, sei seine Beziehung zu einem bestehenden Terminmarkt, auf dem jederzeit ein völlig gleiches Geschäft abgeschlossen werden kann und auf dem sich für solche Geschäfte Preise und Usancen bilden, welche die gleichzeitige Abwickelung großer Mengen von Geschäften im Wege der Überweisung und Verrechnung ermöglichen. Ein

[1]) S. 20.

solcher Terminmarkt bilde sich nur im Zusammenhang mit einer Börse: hier befindet sich Angebot und Nachfrage in dem erforderlichen Maße zusammen; nur an einer solchen Zentralstelle sind die Voraussetzungen für die Skontration gegeben. Das B. T. G. müsse nicht auf dem Terminmarkt (Börse), dem es angehöre, zustande kommen; ferner liege die erforderliche Beziehung zum Terminmarkte auch dann vor, wenn der Abschluß nicht zu dem Börsenpreise, sondern nur in Anlehnung an denselben erfolgt sei. — Die Gerichte hätten es bisher vermocht, auch „ohne gesetzliche Begriffsbestimmung" (?) das Wesen des B. T. G. richtig zu erfassen. Man könne darauf vertrauen, daß bei den wechselnden Formen des Handels die Rechtsprechung auch künftig das richtige treffen werde.

Und als der Entwurf dem Reichstage vorlag, erklärte in der Sitzung vom 12. Dezember 1907 der Minister Delbrück namens der Regierung: mit der Streichung des § 48 des alten Börsengesetzes habe man sich auf den Standpunkt des Reichsgerichts gestellt; ein anderer Weg sei auch nicht wohl gangbar gewesen. Eine neue Definition hätte ebensowenig etwas erreicht, wie § 48; immer wieder hätten sich Geschäftsformen gefunden, die nicht unter die Definition fielen und demnach den für die Geschäfte der definierten Art gegebenen Bestimmungen nicht unterstünden. Es sei darum besser, die Festlegung des Begriffes des B. T. G. auch weiterhin der Judikatur zu überlassen.

Daß diesen Äußerungen der an der Schaffung der Novelle Mitwirkenden für sich allein keine rechtliche Bedeutung zukommt, wurde schon oben betont. Hier erscheinen sie nur deshalb von besonderem Werte, weil sie das bestätigen, was objektive Betrachtung als richtig ergibt.

Wenn nun ermittelt wurde, daß der Novelle der reichsgerichtliche Begriff des B. T. G. zu grunde liegt, so darf das nicht so aufgefaßt werden, als ob die Stellung, die unter der Herrschaft des alten Börsengesetzes der § 48 hätte einnehmen sollen, nunmehr dem reichsgerichtlichen Begriff des B. T. G.

zukommt. Zu einem gesetzlichen Begriffe ist der Begriff des B.T.G. in weiteren Sinne nicht geworden. Gesetzlich bestimmt ist nur soviel, als aus dem Namen des Begriffes selbst hervorgeht: daß ein B.T.G. ein Zeitgeschäft sein muß, das im Zusammenhange mit der Börse steht. Alles weitere ist unsicher, bleibt der Rechtsprechung überlassen, die rechtlich nichts hindert, von dem heute angenommenen Begriffe schon morgen wieder abzugehen.

Eben darum erscheint es als ein erheblicher Fehler,[1]) wenn das Gesetz der Begriffsbestimmung wegen der Schwierigkeit der Aufgabe aus dem Wege geht und die Judikatur frei schalten und walten läßt. Man mag in Zweifelsfällen das freie richterliche Ermessen gegenüber der starren, die richterliche Bewegungsfreiheit zur Farce herabwürdigenden Norm warm befürworten; — wo es sich aber wie hier um grundsätzliche Fragen dreht, muß die Herstellung unbedingter Rechtssicherheit für den Gesetzgeber das agens sein, selbst wenn hie und da ein Geschäft dem Gesetze entschlüpft, auf das dieses zweckmäßig angewandt worden wäre. Höher als der Umstand, daß alle auf Grund eines unklaren Gesetzes ergangenen Urteile dem richtigen Rechte entsprechen, ist ein Gesetz zu werten, dessen Klarheit das Volk die in Streitfällen zu erlassende Entscheidung sicher voraussehen läßt und so vielfach Prozessen den Boden entzieht.

[1]) Eine uneingeschränkte Billigung findet der Standpunkt des Gesetzes nur bei Wildhagen D. J. Z. 1907 S. 1275 und Ritter in der Besprechung des Verbandskommentars, Arch. Bürg. R. Bd. 35 S. 204.